

Limitações da atuação do Juiz no sistema acusatório (*)

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA (**)

Procurarei sintetizar minhas posições diante dessa temática. Isto é, o exame dos limites do juiz no que concerne à iniciativa da busca probatória. Mito e dogma da verdade real.

Inicialmente, socorro-me de algumas idéias e indagações. A primeira delas seria pertinente ao mito e ao dogma da "verdade real". Diante do tema, ressalto o ponto vital de hoje – os limites da iniciativa postulatória do juiz na atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, para abordar o exame do modelo processual a partir da vigência da Carta Política de 1988, no que tange à definição das funções investigatórias e acusatórias e da distribuição dos ônus processuais às partes, mais perto de um sistema acusatório do que da prevalência inquisitorial. Vejo-me na necessidade, ainda que perfunctoriamente, de elaborar uma releitura do modelo inquisitorial e acusatório, sem esquecer que vivemos numa época na qual o ponto crucial do Estado democrático de Direito, na minha seara específica, situa-se entre as garantias dos direitos fundamentais e o estado de emergência. Encontrar o equilíbrio entre uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*) e conseguir compensar o garantismo processual, de um lado, e, de outro, atender às exigibilidades transitórias dos momentos emergenciais – diria que não há saída simples. Dizia BECK que a *sociedade de risco é uma sociedade catastrófica*.

O ponto de equilíbrio está no princípio da proporcionalidade. Seria muito fácil colocar dessa forma. Sustento que a missão do Direito Penal é uma só – a tutela dos bens jurídicos, e que o fim da pena privativa de liberdade só tem dois endereços: a tutela dos bens jurídicos e o controle social. Sob esses dois aspectos, procedo, inicialmente, ao enfrentamento não só teórico, mas, momentaneamente, pretoriano, diante da releitura, em um Estado democrático de Direito, indagando qual o modelo estratégico a ser tomado. **Inquisitorial** ou **acusatório**?

(*) Palestra realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 05 a 06 de setembro de 2005, no auditório externo do STJ no Seminário Internacional "Proposta para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade."

Ao mesmo tempo, diante desses dois perfis, quando leio o Código de Processo Penal de 1941, destaco a exposição de motivos, na parte, exatamente, que diz que o juiz deixará de ser o expectador inerte da produção de provas; sua intervenção na atividade processual é permitida não somente para garantir a marcha da ação penal e ao final julgá-la, mas, também, para ordenar, *de ofício*, fazendo o destaque das provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

Esse foi o posicionamento do Código e, atrelado a ele, dou destaque somente a dois artigos, em termos da instrução criminal. O art. 156 do Código de Processo Penal afirma: *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.* E o art. 209 do mesmo diploma: *O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.* A mera leitura da parte final do art. 156 do CPP demonstra que o juiz penal tem amplos poderes investigatórios na fase judicial, diante do princípio da verdade real.

Assim, em face desse modelo inquisitorial do nosso Código de Processo Penal de 1941, quando da chegada da Carta Política de 1988, de imediato constatou-se que o Código de Processo Penal seria assistêmico e estaria fraturado em termos, desde o seu nascimento.

De pronto, dois dispositivos penais não foram recepcionados pela Carta, os arts. 26 e 351, diretamente ligados ao transvestismo do juiz em Delegado de Polícia e Promotor de Justiça no processo contravencional. O juiz dava início à ação penal pela lavratura do auto de prisão em flagrante ou pela portaria.

Portanto, esse era o cerne absoluto do processo inquisitorial. Mas, será que o modelo inquisitorial foi o adotado pela Carta Política de 1988? A Carta não precisaria expressamente dizer: "Adotamos o sistema acusatório". Bastaria por quê? Porque os princípios elencados na Carta de 1988 são claros e transparentes para que qualquer novel estudante de Direito possa saber que ela adotou o sistema acusatório. Se abríamos o nosso velho e ultrapassado Código de Processo Penal, observaremos, no art. 129, inc. I, da Constituição Republicana, quando trata das funções institucionais do Ministério Público, que cabe a ele, **privativamente**, promover ação penal de iniciativa pública.

Com isso, encontramos de início, afastado o modelo inquisitorial e, em sendo assim, dissipamos também a questão da busca da verdade real.

Mas não ficou somente aí, poderíamos aduzir que restou consagrado o *due process of law*, o devido processo legal, o contraditório legal, a ampla defesa, a igualdade das partes, o princípio isonômico, da mesma forma que o julgamento por juiz competente e, também, obviamente, por juiz imparcial. No processo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar integram atribuição de órgãos distintos, ao contrário do modelo inquisitório. A acusação deverá ser sempre formulada por órgão diverso do juiz. O processo penal desenvolve-se mediante o contraditório, sob a direção de um juiz natural e imparcial.

Esse é o modelo acusatório consagrado na Carta de 1988. Portanto, encontramos uma série de dispositivos que seria cansativo citar (v.g.: arts. 10, §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 18, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, *in fine*, 311, 416, etc.), incluindo a investigação prévia, a instrução criminal e até a parte da execução penal, que não foram recepcionados pela própria Constituição e, como critica o Prof. SERGIO DEMORO HAMILTON (*A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia*) ainda subsistem em nosso processo penal, sem ainda sequer serem contestados nos pretórios superiores.

Ocorrem, sobre essa questão, algumas longas divergências. A verdade judicial é sempre uma verdade processual. Peço vênia para dissentir e dizer que é inadequado, após a edição da Carta, voltar a tratar de Processo Penal com relação ao princípio da verdade real.

Ressalto dois tópicos do artigo da Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER (*A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*) uma das mais brilhantes juristas e processualistas brasileiras, publicado na *Revista Brasileira de ciências Criminais* (v. 7, n. 27, p. 71, 72, jul/set., 1999), que difere do meu modesto pensamento. O primeiro diz: *A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.*

No segundo tópico, a ilustre jurista acrescenta: *A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaraça a imparcialidade do juiz, que deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória do juiz. E conclui: Diante da omissão da parte, o juiz de regra se vale dos demais elementos dos autos para formar o seu convencimento. Mas se os entender insuficientes deverá determinar a produção de outras provas (...).* Salienta que *a visão do estado social não admite a posição pacífica e conformista do juiz, pautada em princípios essencialmente individualistas.*

Faria uma releitura, diante do sistema acusatório, a respeito, ainda em termos, do que, ao tempo da edição do Código, o saudoso mestre HÉLIO TORNAGHI falava sobre **processo misto**, havendo várias formas inquisitoriais que não mais podem conviver na clandestinidade, em face da Carta Republicana. Evidentemente, sentia que o processo acusatório tinha uma característica mista: inquisitório e acusatório. O primeiro, observado na fase preliminar de investigação, ao passo que, com o ajuizamento da ação penal, adquire o caráter acusatório.

O eminente mestre e um dos maiores processualistas brasileiros, Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo publicado na *Revista de Direito Renovar* (v. 13, p. 1-13, jan./abr.1999), com a sua inteligência e conhecimento temático, escreveu erudito artigo sob o título *Processo Civil e Processo Penal: mão e contra-mão?* Nesse artigo, em que faz um paralelo entre o Processo Civil e o Penal, embora não seja um fiel adepto do sistema acusatório, por excelência, em certa parte, diz o seguinte: *Dois circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir em vez de ampliar a atuação dos juízes no campo da instrução probatória.*

Mais à frente, em outra passagem, conclui: *Por sua particular importância, convém atribuir, em especial atenção, para salientar, mais uma vez, a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender, fundamentalmente, da iniciativa das partes*, e cita em nota de rodapé: O paradigmático art. 190, primeira e segunda alíneas, do Código de Processo Penal italiano e o Código-Modelo de Processo Penal para a América Latina, que atribui aos tribunais o dever de procurarem por si a averiguação da verdade segundo os meios de prova permitidos, mas em seguida *restringe a iniciativa oficial, durante o juízo, a determinadas oportunidades e condições*. Os ordenamentos contemporâneos se inclinam a limitar, em vez de ampliar, a atuação de juiz no campo da instrução probatória.

Portanto, encontramos posições opostas de consagrados processualistas e, modernamente, lembraria também o douto Procurador SERGIO DEMORO HAMILTON, hoje diretor da *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, que possui brilhantes trabalhos em revistas e livros a respeito desta temática, lembrando que no citado artigo *A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia* ⁽¹⁾, escrito ao examinar, nos idos de 1974, o anteprojeto do Código de Processo Penal, saudava com euforia a consagração da forma acusatória pura pelo rompimento com o inquisitorialismo vigente. Criticava a norma do art. 408, § 4º, do Código de Processo penal, que permite ao juiz verdadeira ação penal *de ofício*, pois a pronúncia, uma vez preclusa a decisão, irá vincular o libelo que o Ministério Público terá de sustentar perante o juiz natural do feito. Lembra que o Ministério Público não está obrigado a aditar a inicial, porém é equívoco dar ao juiz a iniciativa da providência. Ao juiz compete julgar, e às partes incumbe promover a ação penal; o juiz, quando julga, atua *de ofício*, é seu ofício, e não a iniciativa de demandar.

Acrescentaria a posição de um jovem magistrado do meu Estado, o Dr. GERALDO PRADO, que defendeu, na nossa Universidade, com raro brilhantismo, tese de mestrado sobre a matéria, nacionalmente conhecida por *Sistema Acusatório* ⁽²⁾. Apenas fiz essas citações e faço mais uma, da Procuradoria-Geral da República, que tive o cuidado de observar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570, de 12 de fevereiro de 2004, cujo relator foi o eminente Ministro Maurício Corrêa, e o requerimento efetuado pelo Procurador-Geral da República para ao Congresso Nacional, no qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei n. 9.034, de 1995. Lá se coloca o juiz de instrução, a realização de diligências feitas pessoalmente por ele, a sua competência investigatória, a ofensa, as funções de investigar e de inquirir, a mitigação e as atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal.

⁽¹⁾ *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 127.

⁽²⁾ Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Lamentavelmente, não pôde ser aferido o mérito dessa ADIn, mas, em uma passagem, o eminente Procurador-Geral da República, em relação ao tema, diz: *O Parquet alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo brasileiro.* No relatório consta a posição da Procuradoria-Geral da República. O voto vencido foi do brilhante Ministro Carlos Velloso, que sustentou: *A figura do juiz estático, expectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.*

Referi-me a esses pontos básicos para dizer que não me sinto com tranquilidade para defender, ainda presente, diante da Carta Política de 1988, o princípio da verdade real. A iniciativa probatória do juiz não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público. E mais: a Carta teve como objetivo estabelecer um divisor de águas, um controlador, para limitar, na instrução criminal, as funções do juiz, como também as atribuições do Ministério Público, mas principalmente as do juiz – quando falo da imparcialidade, refiro-me à imparcialidade concreta da instrução criminal. Tenho algumas perguntas provocativas, e as faço diante do art. 564, inc. III, b, do Código de Processo Penal, com relação à nulidade, à falta do exame de corpo de delito, nos injustos penais, em que a atividade deixa vestígios. A pergunta é a seguinte: no curso da ação penal, não tendo o órgão do Ministério Público requisitado o laudo, poderia o juiz, supletivamente, substituí-lo e requisitar o laudo que a parte autora não requisitou?

A segunda pergunta: o Ministério Público poderia ter feito, no oferecimento da denúncia, o arrolamento das testemunhas, que entendia suficiente e necessário para comprovar por meio da prova oral a sua proposta produzida. Poderia o juiz, ao seu bel-prazer, determinar a inquirição de testemunha não arrolada ou desistida, da qual o depoimento fosse tomado por imposição do juiz instrutor e, sobre esse depoimento, julgasse procedente o pedido? Isso violaria ou não o processo acusatório? Violaria o processo acusatório o juiz, de ofício, determinar a prisão preventiva do réu no curso da ação penal? Não discutirei que o legislador teve o cuidado em relação à prisão preventiva, porque diante da prisão temporária, não temos investigação. Então o juiz, de ofício, não pode decretar a prisão temporária, tem de ser provocado. No processo acusatório, em relação à prisão preventiva, o juiz não poderia se antecipar e decretar a prisão preventiva, somente se provocado pelo Ministério Público. Falo em relação ao impulso. E indago mais: o juiz que antevê aprova e verifica que ela poderá prejudicar o réu – e, evidentemente, não foi requerida pela parte autora, o Ministério Público – passa, então, a substituir o Ministério Público, acusando-o? Teríamos a figura do **super juiz** dentro do processo. O réu teria de enfrentar no processo não só o promotor, como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal.

A conciliação que vejo, para que possamos chegar à coexistência do princípio acusatório e evidentemente, do princípio inquisitório, presente no Código e na Carta Constitucional, está exatamente no art. 156 do diploma processual, quando a atividade probatória for no sentido de *dirimir dúvida sobre ponto relevante*. Mas essa atividade estaria em relação à **prova produzida**, e não em razão da **deficiência probatória**. Portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar, de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as provas colhidas. Dou um exemplo: se já constassem nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados – concordo com a Professora ADA PELLEGRINI –, não poderia ficar refém das partes. Diante do princípio acusatório, da prova produzida, poderia determinar uma acareação ou uma nova inquirição. O juiz, diante de uma prova pericial que já estivesse nos autos, poderia nomear novo perito, requisitar, ouvi-los, diante de **provas que já foram produzidas**. O que não pode é buscar provas, porque quem tem de buscá-las é o Ministério Público.

Para terminar, coloquei a questão da limitação relativa probatória em relação à parte autora, o Ministério Público. E quando fosse a favor do réu? Por que o *bis in idem* em detrimento do réu? Também ficaria limitada em relação ao réu? Em relação ao réu, mostrando que o dogma da verdade real não é dogma, porque, na ação de revisão criminal, só este tem legitimidade para propô-la. O Ministério Público não tem legitimidade na ação revisional. O princípio da verdade real não é dogma no Processo Penal.

Repita-se: Por que dois órgãos do Estado (Ministério Público e juiz penal) devem alinhar-se na perseguição criminal em desfavor do réu? Responde o Prof. SERGIO DEMORO que, no processo penal que se pretenda acusatório, sabe-se absurda a providência que enseja ao juiz enveredar na busca de provas que possam, ao menos em tese, incriminar o réu. Por mera aplicação do princípio da proporcionalidade, sobreleva o direito à liberdade, em detrimento do sistema acusatório.

O nosso processo ainda é vetusto, porque, no júri, o libelo fica vinculado à decisão de pronúncia, que é exatamente outra quebra do processo acusatório. No júri, o juiz, por força da deficiência da defesa, dissolve o júri para não deixar que o processo continue, a fim de que não haja a condenação pela ausência de defesa. O que funciona em relação à defesa para a intervenção do juiz e não funciona em relação ao Ministério Público? Está no art. 5º da Constituição. É o princípio da liberdade. Quer dizer, quando está diante de uma prova que inocentará o réu, diante dos princípios da liberdade e do livre convencimento, o juiz, nessa parte, deve produzir a prova, porque estaria agindo para constatar a inocência do réu.

Lembro GIOVANI CONSO, que, em suas *Instituições de Direito Processual Penal*, ao examinar o processo acusatório, entre outros aspectos, frisa a *necessidade da exclusão da iniciativa judicial no recolhimento de provas*.

Tudo o que abordamos significaria dizer, em relação à impunidade, que, por mais que queiramos, não poderemos continuar com uma legislação que é uma verdadeira colcha de retalhos. Procuramos colocar esparaçrapos nos buracos. A dúvida do juiz deve ser sobre a prova produzida e jamais sobre a insuficiência ou ausência da atividade probatória. Anota com pertinência o Professor EUGÊNIO PACCELLI DE OLIVEIRA no seu *Curso de Processo Penal* ⁽³⁾ que *a busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade*. O citado princípio tinha o encargo de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.

Na realidade, precisamos modernizar a legislação processual penal para adequá-la à nossa realidade e torná-la uma ferramenta eficaz de combate à impunidade e de garantia dos direitos individuais.

Então, o combate à criminalidade não se faz apenas com medidas pontuais, meramente emergentes, impondo-se uma reforma de fundo para atingir os pontos que são vitais para a rápida e segura prestação jurisdicional.

⁽³⁾ 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

⁽⁴⁾ ÁLVARO MAYRINK DA COSTA é Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade do Estado da Guanabara, Professor de Direito Penal, na graduação e no mestrado, da Universidade Gama Filho, e nos cursos de mestrado em Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes. Presidiu, também, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, no biênio 2002/2003.
