



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 40

O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?

The principle of impartiality and the ex officio evidence production of the judge: is there difference in treatment in civil and criminal proceedings?



UFRGS

Artur Cesar Souza
Universidade de Marília



O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?

The principle of impartiality and the ex officio evidence production of the judge: is there difference in treatment in civil and criminal proceedings?

Artur Cesar Souza*

REFERÊNCIA

SOUZA, Artur Cesar. O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago. 2019.

RESUMO

A problematização no presente trabalho diz respeito à atividade probatória *ex officio* pelo juiz e possíveis danos que essa atividade possa ensejar ao princípio da imparcialidade. Analisa-se, igualmente, o acerto ou não da doutrina que propugna por um tratamento não uniforme sobre tal temática em relação ao processo penal e ao processo civil, bem como se essa diferenciação apresenta fundamento consistente para justificar essa diferenciação entre os diversos ramos processuais. Mediante a aplicação de uma metodologia analítica crítica e por meio de uma revisão bibliográfica, pretende-se, ao final, apontar algumas considerações para a resolução do problema ora apresentado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil. Direito Processual Penal. Imparcialidade. Produção probatória.

ABSTRACT

The problematization in the present work concerns the ex officio probative activity by the judge and possible damages that this activity can give to the principle of impartiality. It also examines whether or not the doctrine which advocates non-uniform treatment of such matters in relation to criminal proceedings and civil procedure is correct, as well as whether that differentiation provides a consistent basis for justifying such differentiation between the various procedural branches. Through the application of a critical analytical methodology, it is intended, in the end, to point out some considerations to solve the problem presented here.

KEYWORDS

Civil procedure. Criminal procedure. Impartiality. Evidence production.

SUMÁRIO

Introdução. 1. O juiz instrutor espanhol e o princípio da imparcialidade. 2. Análise da questão sob a ótica do processo civil e do processo penal. 3. Os princípios informadores do processo penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória *ex officio* do juiz. 4. A atividade probatória do juiz e o objeto do processo – necessidade de diferenciação. 5. O ativismo judicial e a paridade de armas. 6. A produção probatória *ex officio* no direito comparado. 7. A atividade probatória *ex officio* e o princípio *in dubio pro reo*. Conclusão. Referências.

* Pós-doutor pelas seguintes Universidades: Università Statale di Milano - Itália (2007); Universidad de Valência - Espanha (2008); Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2008); Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal (2013). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2005). Doutorando em Filosofia pela Universidade de Barcelona - UB. Pesquisador da CAPES. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2001). Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília – UNIMAR. Professor em Direito Processual da UNIFIL – Universidade Filadélfia em Londrina. Juiz Formador da Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS. Ex-membro do Ministério Público Estadual do Paraná. Atualmente é Juiz Federal convocado para compor o Tribunal Regional Federal da 4ª Região..





INTRODUÇÃO

Sendo a imparcialidade a essência da atividade jurisdicional¹, todo e qualquer sistema jurídico que tenha por fim último a realização da ‘justiça’ por meio do direito deve construir seus pilares de sustentação primando pela efetiva, concreta e inquestionável imparcialidade do órgão jurisdicional.

Qualquer mácula ao princípio da imparcialidade, quando do exercício da atividade jurisdicional, configura não somente uma arbitrariedade judicial, mas, principalmente, a inexistência de um processo público com todas as suas garantias.

É certo que a busca pelo exercício de uma atividade jurisdicional justa e equânime exige do juiz, por vezes, uma postura mais atuante e dinâmica, rompendo-se com a figura de um juiz ‘eunuco’ e ‘fantoche’ proveniente do sistema jurídico bonapartista.

Observa-se na dinâmica do processo penal e civil moderno uma atividade mais pró-ativa do juiz condutor do processo, seja com a intenção de se encontrar a verdade dos fatos como fundamento de uma determinada decisão, seja como elemento informador para a construção de um ‘livre convencimento’ no momento de julgar.

É certo que a doutrina e a jurisprudência, por vezes, justificam um tratamento diferenciado no exercício da atividade probatória *ex officio* do juiz quando diante do processo penal ou do processo civil

O presente trabalho tem por objetivo justamente verificar se essa atividade mais dinâmica e pró-ativa do magistrado, especialmente quando realiza atividade probatória *ex officio*, pode ensejar dano ou mácula ao princípio da imparcialidade do juiz,

¹ PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 6.

especialmente pelo fato de que no processo jurisdicional contemporâneo o juiz não é mais considerado um simples árbitro diante de contenda alheia, bem como se se justificaria um tratamento não uniforme quanto à temática no âmbito do processo penal ou civil.

1 O JUIZ INSTRUTOR ESPANHOL E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Sabe-se que em determinados sistemas jurídicos existe a figura do denominado ‘juiz instrutor’, cuja finalidade é justamente angariar elementos, inclusive probatório, para o prosseguimento ou mesmo instauração de determinada demanda judicial.

Este ponto, pela sua particularidade, normalmente restringe-se à análise de processos e procedimentos que tenham determinada fase preliminar sujeita e restrita ao denominado juiz instrutor.

O direito penal espanhol adota este modelo processual.

Não obstante o fato de o procedimento penal espanhol ser diverso do sistema jurídico brasileiro, a dinâmica do juiz instrutor dentro do processo serve de parâmetro para aqueles que procuram verificar se a atividade probatória *ex officio* do juiz, inclusive no âmbito do processo civil, poderá ensejar ‘efetivamente’ mácula ao princípio da imparcialidade, como essência da atividade jurisdicional.

O conteúdo desse item corresponde a uma introdução para análise daquilo que os processualistas modernos conhecem como “poderes instrutórios” do juiz e seus efeitos em relação ao princípio da imparcialidade.²

² “En principio, por ‘instrucción’ debe entenderse lo previsto en el art. 299 LECrim, esto es, ‘ las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos’. Por tanto, ‘instructor’ de una





A particularidade do processo penal espanhol reside no fato de que seu procedimento apresenta duas fases distintas: a instrutória e a, propriamente dita, de julgamento.

A questão da imparcialidade ganha relevo quanto à fase instrutória, na medida em que se discute sobre a possibilidade de se invocar a parcialidade do juiz instrutor em decorrência de sua atividade preliminar, nas distintas diligências ou na instrução do sumário. Esta questão permite considerar se o direito ao juiz imparcial somente se projeta sobre a fase de julgamento ou se também atinge a fase instrutória.

A indagação ganha mais relevância no sistema espanhol quando se percebe que o juiz instrutor não é apenas um diretor da investigação, mas, acima de tudo, um juiz de garantias, pois poderá adotar, se necessário for, medidas restritivas de liberdade que lhe pareçam imprescindíveis.

O juiz da instrução investiga e poderá decretar a prisão cautelar do indiciado.³

causa será aquel Juez que participa activamente en la investigación de los hechos criminales y la culpabilidad de los delincuentes. Sin duda alguna, la realización de esta actividad le coloca en una situación psicológica comprometida o poco objetiva en la medida en que habrá tenido un contacto directo con lo que, posteriormente, será objeto de debate, e incluso habrá podido emitir provisionales de culpabilidad. Al respecto, cfr. Martín-Granizo, M. Fernández. Notas sobre la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 16 de octubre de 1984 ('De Cubre'). Poder Judicial, n. 4, diciembre, 1986. p. 85; De Diego Díez, L. A. El principio 'el que instruye no debe juzgar' como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal, Poder Judicial, n. 8, diciembre de 1987. p. 9; Fairén Guillén, V. La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal. Tapia, n. 43, diciembre. 1988. p. 5; Bermúdez Ochoa, E. Problemas orgánicos y procesales de la llamada 'contaminación procesal'. La sentencia del tribunal constitucional 145/88, de 12 de julio, 'Cuestiones de derecho procesal penal', Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 53 (PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93)

³ Neste sentido, a Sentença do Tribunal Constitucional espanhol (STC 320/1993), de 8 de noviembre (FJ 3.º) destaca: 'constituye un común denominador de todas las

Na fase instrutória do procedimento processual espanhol, em regra, não há acusação formal, mas apenas indiciamento.

Havendo risco aos direitos e garantias individuais, o indiciado poderá, na fase instrutória do processo penal espanhol, suscitar a parcialidade subjetiva ou mesmo objetiva do juiz instrutor?⁴

É, precisamente, o fato de o juiz instrutor ter reunido o material necessário para que se celebre o julgamento, de ter estado em contato com as fontes de onde advém esse material que põe em alerta todos aqueles que se preocupam efetivamente com a imparcialidade do juiz.

Uma efetiva atividade instrutória por parte do juiz instrutor poderá fazer nascer em seu ânimo prevenções e prejuízos em relação à culpabilidade do indiciado extremamente perigosos,

medidas cautelares (...) que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación por el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (...). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar'. De igual modo, ver: SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 7.º); 11/1989, de 24 de enero (FJ 4.º), y la 151/1991, de 8 de julio (FJ4.º). Contudo, recentemente, o Tribunal Constitucional espanhol alterou seu posicionamento sobre a questão da concessão de medidas cautelares e a imparcialidade do juiz. Assim, a STC 60/1995, de 17 de março (FJ 6.º), amparando-se na doutrina apresentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Hauschildt, estabelece que quando a prisão provisória se ordena a requerimento do Ministério Público e o réu encontra-se assistido por advogado, o Juiz não perde a imparcialidade, já que a assunção da instrução por parte do Ministério Público, unida à plena vigência do princípio do contraditório na adoção da medida cautelar, supre o juiz da imparcialidade necessária para valorar livremente, e como terceiro não comprometido na investigação, o material de fato exclusivamente aportado pelo Ministério Público.

⁴ Instrutor, no direito espanhol, será aquele juiz que realiza as atividades instrutórias e participa de forma ativa nas investigações.

O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago. 2019.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





pondo em risco a quebra da imparcialidade objetiva que busca assegurar a separação entre a função instrutória e a julgadora.

O Tribunal Constitucional espanhol (STC 32/1994), preliminarmente, afirmou a compatibilidade com a Constituição espanhola do modelo legalmente vigente do juiz instrutor, que dirige a investigação criminal e pode, em consequência, determinar de ofício a prática de diligências necessárias para apurar determinados fatos e a sua autoria. Uma vez reconhecida a constitucionalidade desse modelo procedimental penal, o mesmo Tribunal declarou que a perda da imparcialidade se produz somente quando coincidem numa mesma pessoa a função sentenciadora e a atividade instrutória de conteúdo inquisitivo.

O próprio Tribunal Constitucional espanhol na STC 69/2001, de 17 de março (RTC 2001, 69) (Vera vs. Sala Segunda do Tribunal Supremo), proporcionará uma mudança radical na sua forma de entender a problemática apresentada, reconhecendo ao indiciado o direito ao juiz imparcial, mesmo durante a fase instrutória, permitindo-lhe em determinadas circunstâncias suscitar a parcialidade do juiz que instrua a causa. Segundo o Tribunal, em que pese o direito ao juiz imparcial se deixe transparecer com maior evidência na fase de julgamento, em que se estabelece a resolução da causa, isso não impede que se verifique a questão da parcialidade igualmente na fase instrutória.⁵

A atividade instrutória, na medida em que coloca o juiz em contato direto com o acusado, com os fatos e dados que devem servir

⁵“(…) el Juez, en la fase instructora, ostenta la condición no sólo de director de la instrucción, sino que además es juez de garantías, lo que le coloca en una posición no exenta de cierto contenido esquizofrénico y, en cualquier caso, requiere como prius que el ciudadano sometido a una instrucción penal y a la adopción por parte del Juez de determinadas medidas cautelares que afecten a sus derechos fundamentales, disponga asimismo de la plenitud del derecho fundamental al Juez imparcial.” (ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 177).

para averiguar o delito e suas possíveis responsabilidades, pode provocar no ânimo do instrutor prejuízos e impressões que favoreçam ou prejudiquem o acusado no momento de se proferir a decisão.

No direito brasileiro, essa atividade instrutória sem contraditório e publicidade não se coaduna com os princípios constitucionais.

Contudo, havendo a publicidade e o contraditório, a atividade instrutória do juiz deixa de ser inquisitiva, passando a ser uma atividade legítima e necessária para o desenvolvimento da relação jurídica processual penal?

Passa-se, a seguir, à análise da imparcialidade do juiz e do poder instrutório nos sistemas acusatórios mistos, como é o caso do sistema processual brasileiro.

2 ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DO PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO PENAL

O método dialético desenvolvido no processo e a condução do órgão jurisdicional a uma posição suprapartes fizeram com que certo setor da doutrina considerasse o juiz mero espectador mudo, inerte, nada além de um observador do confronto entre os litigantes, os quais seriam os verdadeiros donos e únicos *dominus litis* da demanda processual.⁶

Em relação ao processo civil, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, a legislação processual, em princípio, deixou-se influenciar pelo figurino francês do juiz sem expressão, mais ou menos inerte, silencioso, passivo. É, na verdade, “a bizarra figura do juiz fantoche ou juiz manequim”.

⁶ PICÓ I JUNOY, J. Op. cit., p. 104. É importante assinalar que em razão da diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal, reclama-se, também, distinção entre princípio dispositivo e acusatório, uma vez que o primeiro se fundamenta na titularidade privada do interesse em jogo, enquanto o segundo em uma realidade absolutamente distinta.





O processo civil em que o juiz se mostra um mero fantoche está nitidamente demarcado pelo princípio individualista nascido da Revolução Francesa.

No que diz respeito ao processo penal, a questão inverte-se.

Inicialmente, no processo penal, ao contrário do processo civil, a postura do órgão jurisdicional era mais dinâmica, pois o processo apresentava um caráter nitidamente inquisitório.⁷ Posteriormente, exigiu-se também no processo penal, como forma de garantir a imparcialidade judicial, a passividade do julgador (está-se diante do sistema acusatório).⁸

A garantia da imparcialidade, decorrente do sistema acusatório, torna-se mais incisiva e eloquente em relação à produção probatória, pois o juiz ao exercer de ofício a iniciativa probatória poderia estar sujeito a prejulgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à decisão.⁹

⁷ “Il proceso inquisitorio è essenzialmente scritto e segreto e vi manca qualsiasi contraddittorio, che non sarebbe neppur concepibile data la mancata contrapposizione delle parti fondamentali (accusa e difesa).” (PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19).

⁸ Por modelo acusatório deve entender-se um processo de partes, ou, como assinala José Antonio Díaz Cabiale, um modelo “adversarial”, de adversários que se enfrentam, que lutam ou combatem entre um árbitro passivo que acabe por dar a razão à parte mais hábil. (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XXI e 191).

⁹ “Aunque cuando analizamos la imparcialidad hacemos referencia a la doctrina, baste como ejemplo en este momento la argumentación de CARRERAS, J. Facultades materiales de dirección, en *Estudios de derecho procesal, con Fenech*, Barcelona, 1962, p. 263, para negar la posibilidad de aumentar los poderes materiales del Juez, que resultaría una ‘aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales’, p. 264. El mismo GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 49 y ss., consciente del peso de esta opinión la critica fuertemente, y precisamente alude como ejemplo al proceso penal. Y en el mismo sentido GUTIÉRREZ DE CABIDES, E. La socialización del proceso. Constitución, Derecho y Proceso, en *Estudios en memoria de Herce y Duque*, Zaragoza, 1983, p. 428-432, aclara que el Juez se

No processo penal acusatório “puro” de origem anglo-saxão, as partes são as únicas capacitadas a poder aportar as provas, *partisan fact-gathering*, ao processo.

O processo do tipo acusatório, segundo Gian Domenico Pisapia, é historicamente ligado ao sistema do *giuria popolare*, que emite um veredicto de regra imotivado, enquanto ao juiz é reservado exclusivamente o dever de determinar a pena com base na afirmação de culpabilidade operada pelo júri.¹⁰

Em face desse novo remodelamento do processo penal, em torno do princípio acusatório, o órgão jurisdicional viria a ocupar uma posição distinta das partes, de neutralidade, o que lhe permitiria apreciar a questão sem se deixar conduzir por paixões, sem desequilibrar ou desequilibrar a posição dos sujeitos da relação jurídica processual, alcançando um resultado mais justo e segundo os ditames dos direitos fundamentais do acusado.

Introduz-se, dessa maneira, uma alteração importante no panorama probatório do processo penal, na medida em que desaparece a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo da instrução do processo. Ao mesmo tempo, reclama-se a participação do Ministério Público como parte da relação jurídica processual penal, desvinculado e separado do poder executivo, permitindo-lhe assumir muitas das funções que o órgão jurisdicional teve que abandonar para se instalar numa posição interpartes da relação jurídica processual.

convertiria em un ‘asistente social’, perdiendo la imparcialidad, si abandonara su carácter de ajenidad respecto al proceso.” (Idem, p. 72.) Em razão dessa tendência doutrinária, não é de se estranhar uma inclinação de recente jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, no sentido de preconizar que a iniciativa probatória *ex officio iudicis* prevista no art. 729.2 LECrim comporta infração ao princípio acusatório, comprometendo a imprescindível imparcialidade judicial, razão pela qual se põe em dúvida a constitucionalidade da aludida norma (Sentença do Tribunal Supremo de 23.09.1995, FJ 2.º (Repertório de Jurisprudência Aranzadi, n. 6.756)).

¹⁰ PISAPIA, G. D. Op. cit.





Essa nova perspectiva do processo penal, regida pelo princípio acusatório, fez com que, por exemplo, a jurisprudência e a doutrina passassem a enaltecer o aludido sistema, consagrando-o de forma quase absoluta, afirmando que não haveria mais possibilidade de se discutir eventual participação do órgão jurisdicional na questão da produção probatória. Realçou-se a formulação de um binômio: princípio acusatório = quietude probatória do órgão jurisdicional.¹¹

Mas essa postura doutrinária e jurisprudencial que visa a identificar o princípio acusatório à quietude probatória do órgão jurisdicional não está imune a críticas, pois: “(...) mientras que por un lado se reclama mayor actividad probatória judicial en el orden civil, por el outro se abogaba por la quietud del órgano jurisdicional en el orden penal”.¹²

A referência a esse paradoxo não tem por finalidade a postulação de uma teoria geral dos poderes do órgão jurisdicional em matéria probatória.

Em que pese não se sustente uma teoria igualitária no quadro probatório para ambos os ramos processuais, observa-se com certa reserva o pensamento que proclama um tratamento indiscutivelmente diferenciado quanto à iniciativa probatória *ex officio* do juiz no âmbito do processo civil e penal.

A concepção de processo (seja ele civil ou penal) que o concebe como um instrumento do poder desenvolvido por uma relação jurídica¹³ em contraditório, reclama um maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil como no processo penal.¹⁴

¹¹ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 196-197.

¹² Ibidem, p. 199.

¹³ Evidentemente que não se desconhece as concepções teóricas que não reconhecem no processo a existência de uma relação jurídica.

¹⁴ “Segundo a concepção tradicional, o princípio do

Na atualidade, e desde que superada a concepção de oficialidade em todos os sistemas civilizados, pode-se afirmar que não existe um modelo adversarial puro, nem mesmo o processo norte-americano ou qualquer outro de origem anglo-saxão entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual.¹⁵

Há necessidade de se libertar do clamor histórico da época da República romana, fonte inspiradora do modelo acusatório, por meio do processo das “questiones”, ley Calpurnia, 149 a.C. e das leis Acilia ou Semproniana, 123 ou 112 a.C., pelas quais se estabeleceu que para certos delitos públicos sua persecução pelo Estado poderia estar condicionada à iniciativa de um cidadão privado como acusador.¹⁶ Sequer para os herdeiros do Império Romano há servido o princípio acusatório “puro” de inspiração.

Em nenhum país do mundo, conforme já teve oportunidade de afirmar Gian Domenico Pisapia, é acolhido nem o sistema acusatório puro nem aquele inquisitório.¹⁷

contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração no justo processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* – De acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 7.)

¹⁵ “En la actualidad, y desde que se supera la concepción de oficialidad en todos os sistemas civilizados, puede decirse que no existe un modelo adversarial puro, precisamente por esa circunstancia, ni siquiera el proceso norteamericano o cualquier otro de corte anglosajón entiende al proceso penal como un proceso de partes con carácter absoluto, sino que el predominio de la configuración adversarial dependerá según de qué fase del proceso se trate” (CABIALE, J. A. D. Op. cit., p. 217.)

¹⁶ Ibidem, p. 204.

¹⁷ “(...) in nessun paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitório.” (PISAPIA, Gian





Fragilizada encontra-se a justificação da inércia probatória do juiz no processo penal consubstanciada simplesmente no fundamento de que se está diante de um sistema acusatório e não inquisitório.

3 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E CIVIL COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DA ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO* DO JUIZ

Até pouco tempo, o pensamento tradicional sustentado no denominado princípio dispositivo e do que seria seu corolário lógico – “aportación” da parte ou contribuição da parte – reclamava no âmbito do processo civil a figura de um juiz passivo e inerte.¹⁸

Para Enrico Tullio Liebman (defensor do princípio da “contribuição da parte” como exigência de salvaguarda da imparcialidade no processo civil), a imparcialidade do juiz fica comprometida quando o julgamento tenha por base prova eleita e procurada por ele mesmo e por sua iniciativa desenvolvida no processo.¹⁹

Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975.)

¹⁸ O princípio dispositivo se reflete em três brocardos que lhe dão unidade tanto em sua natureza como em suas origem: “ne procedat iudex ex officio”, “ne eat iudex ultra vel extra petitem partium” e “iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”. Cappelletti assinala como características do princípio dispositivo: “(a) poder monopolístico de la parte de iniciar el proceso (...); (b) pleno poder de las partes de disponer negocialmente del objeto del proceso (...); (c) vínculo del Juez a las demandas de las partes (...); (d) vínculo, además, del Juez a las alegaciones (allegata) de las partes, sea respecto a los hechos constitutivos, o sea también, a modo de máxima, respecto a los hechos impeditivos o extintivos (...); (e) vínculo del Juez a los probata a partibus (...); (f) poder monopolísticos de las partes de proponer las impugnaciones y de determinar sus limites y objeto” (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 99).

¹⁹ “(...) e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e

No processo penal, amparado inicialmente pelo princípio inquisitivo (oficialidade), o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade²⁰

Atualmente, tanto no processo civil como no processo penal esse panorama vem sofrendo profundas mutações.

Na ordem processual civil, a doutrina moderna alemã vem sustentando como justificação teórica para ampliação da atividade probatória do órgão jurisdicional a existência de uma crise na construção das “máximas” alemãs, origem da elaboração do “princípio dispositivo”.

A doutrina alemã, no início do século XX, consagrou a diferenciação entre “princípio dispositivo em sentido estrito” e o princípio de “contribuição da parte” ou “aportación de parte”. Com base nessa distinção, o princípio dispositivo preservaria à disposição da parte o início do processo, assim como a possibilidade de encerrá-lo mediante a renúncia, transação e desistência, tendo a parte domínio sobre o próprio objeto do processo. Já o princípio da “contribuição da parte” não teria caráter necessário, seria contingente. O fato de que somente as partes poderiam aportar ao processo o material fático e utilizar os meios de prova conferidos pelo sistema jurídico seria uma opção do legislador que não teria porque subsistir, ao menos de

per sua iniciativa acquisita al processo. Anche per questa parte del suo compito poteri attivi ‘non potrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distintizione psicologica tra l’agire e il giudicare (...)’ (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 15, p. 561, 1960.)

²⁰ “A verdade processual não assenta numa idéia de certeza científica comprovada, mas sim numa idéia de probabilidade. Na expressão de Germano Marques da Silva, ‘ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos.’ (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 139.)

O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago. 2019.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>





forma absoluta. Tal perspectiva epistemológica seria uma tentativa de se desligar a atividade probatória do princípio dispositivo. O princípio dispositivo deveria restringir-se apenas ao momento em que o litígio pudesse ser invocado pela petição da parte, e como delimitador da decisão sobre a matéria litigiosa inserida dentro dos limites da demanda. Porém, uma vez que as partes determinaram o alcance do litígio, deve ficar a cargo do juiz realizar o que for necessário para o esclarecimento do assunto; não se pode deixá-lo reduzido aos fatos e meios de provas apresentados pelas partes.²¹

Em face dessa concepção doutrinária alemã, em que se realiza uma efetiva separação entre o princípio dispositivo e o princípio da participação ou aportação da parte, é que atualmente se postula uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

Já no processo penal, conforme se asseverou, a corrente doutrinária atual advoga uma maior atuação do “princípio acusatório”, cuja consequência imediata seria a neutralização probatória do órgão jurisdicional.

Evidencia-se nesse confronto principiológico que os fundamentos reguladores dos poderes instrutórios do juiz seriam distintos em relação ao processo civil e ao processo penal, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos.

Essa esquizofrenia doutrinária foi assim assinalada por La Oliva Santos:

Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del Juez civil, terminando con el Juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del Juez penal, hasta el

extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en Juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.²²

Essa “dupla personalidade” torna-se muito mais evidente quando se sustenta a inércia do órgão jurisdicional no processo penal, não só em razão do princípio acusatório “absoluto”, mas, principalmente, pelo fato de que eventual atividade probatória *ex officio* seria prejudicial à imparcialidade do juiz, como se a imparcialidade judicial pudesse ontologicamente ser coisa distinta no âmbito do processo civil e do processo penal.²³

Somente diante de uma “esquizofrenia”, nos termos de La Oliva Santos, é que se pode sustentar que a atividade probatória *ex officio* do órgão jurisdicional no processo civil não causa qualquer dano ao direito fundamental a um juiz imparcial, e, ao mesmo tempo, mudar o discurso diante do processo penal; ou a consideração de que o órgão jurisdicional perde sua imparcialidade quando pratica atividade probatória é validade em todos os sentidos, ou não há mácula à imparcialidade quando assim age o juiz, seja no processo penal, seja no processo civil.²⁴

Diante disso, o recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição de atividade probatória *ex officio* deve apresentar tratativa unívoca tanto no processo penal quanto

²² Ibidem.

²³ “(...) no es lógico aplicar uno al proceso civil, a la par que se decide por el opuesto en el proceso penal, pues, como se ha indicado certeramente, ello puede provocar la ‘esquizofrenia’ procesal. En definitiva, si se opta por un modelo que permite la investigación de oficio es impensable tratar de argumentar que el juez pierde la imparcialidad al practicar actividad probatoria, porque los postulados teóricos en que se basa, la búsqueda de la verdad a través de una participación directa del juez en la práctica de la prueba, son absolutamente contrarios a esa idea.” (Ibidem.)

²⁴ Ibidem, p. XXIV.

²¹ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11.





no processo civil, não se concebendo diferenciações abstratas e inconsistentes, pois não há princípios autônomos ou distintos que justifiquem tratativa diferenciada em relação à iniciativa probatória em cada ramo processual.²⁵

Se se postula maior ampliação dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deverá acontecer em relação ao processo penal e vice-versa.

4 A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ E O OBJETO DO PROCESSO – NECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO

Picó i Junoy afirma que a doutrina e a jurisprudência incidem em um erro jurídico elementar em relação à atividade probatória *ex officio* do juiz, quando não distinguem o objeto do processo e o processo em si mesmo.

Em que pese em relação ao objeto do processo o juiz não possa exercer qualquer iniciativa *ex officio*, no que concerne ao processo em si mesmo deve atribuir-se-lhe, com certos limites, a possibilidade de atuar *ex officio*, pois somente assim o processo converte-se em um instrumento idôneo para alcançar a efetiva e real tutela, por parte do Estado, dos interesses em conflito.²⁶

O juiz não deve realizar atividades probatórias que tenham por finalidade alterar o objeto do processo delimitado pelo princípio

dispositivo (processo civil) ou acusatório (processo penal), pois, caso contrário, estaria fazendo as vezes de um juiz inquisitor e, conseqüentemente, ferindo o princípio da imparcialidade.

A questão, na verdade, não é de se justificar a inércia do julgador com base no princípio dispositivo ou acusatório, mas estabelecer o âmbito de aplicação desse princípio quanto à iniciativa *ex officio* do órgão jurisdicional.

Nesse aspecto, conforme afirma José Antonio D. Cabiale, pode-se formular contornos precisos em relação ao princípio dispositivo ou acusatório. Segundo ele, o princípio dispositivo ou acusatório exige que todos os fatos que sirvam para a identificação do objeto do processo sejam introduzidos e mantidos até o trâmite final, por uma pessoa distinta do órgão jurisdicional.²⁷

O princípio dispositivo ou acusatório restringe-se ao âmbito dos fatos articulados pela peça inicial da demanda civil ou penal, impedindo que o órgão jurisdicional introduza na relação jurídica processual civil ou penal outros fatos que não aqueles delimitados pela petição inicial ou pela denúncia; o princípio dispositivo ou acusatório, *nemo iudex sine actore*, pode ser interpretado como: “Nenhum fato (que identifica o objeto) sem acusador”.²⁸

Por outro lado, não se aplicam as diretrizes do princípio dispositivo ou acusatório em relação ao poder instrutório do juiz exercido no âmbito do próprio processo jurisdicional.

Em que pese o juiz não tenha disponibilidade sobre o objeto do processo, o qual foi delimitado pelo conteúdo fático descrito pela parte que promoveu a demanda civil ou penal, o mesmo não ocorre em relação ao resultado da atividade jurisdicional, sempre

²⁵ “Por ello nos parece evidente que cuando se plantea la imparcialidad del órgano jurisdiccional y la práctica de la prueba, no cabe hacer compartimentos estancos para cada uno de los procesos, y decir que lo que tiene validez para el proceso civil en esta materia no tiene aplicación para el proceso penal, contencioso administrativo o laboral. Si la afirmación según la cual el órgano jurisdiccional cuando practica pruebas toma partido respecto de una de las partes, pierde la imparcialidad, es cierta, debe serlo para todos los órganos jurisdiccionales sin distinción.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 402.)

²⁶ PICÓ I JUNOI, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

²⁷ CABIALE, J. A. D. Op. cit., p. 362.

²⁸ Ibidem.





dependente das provas apresentadas e colhidas na relação jurídica processual.

Tendo a atividade jurisdicional por objetivo a concretização de um processo justo e equânime, justifica-se certo ativismo judicial no sentido de concretizar e alcançar a efetiva tutela jurisdicional, mesmo que para isso tenha o magistrado de lançar mão de seu poder instrutório, não impedido pelo texto Constitucional.

A rigorosa distinção entre provas e fatos (*probata et allegata*) é pressuposto indispensável para se delimitar o âmbito de aplicação do princípio dispositivo ou acusatório.

Enquanto o elemento fático identifica a “causa de pedir” e, assim, somente é essencial no momento de se delimitar o objeto do processo, a prova de sua constituição é inerente ao desenvolvimento da relação jurídica processual e está intimamente ligada ao resultado último da atividade jurisdicional.²⁹

5 ATIVISMO JUDICIAL E PARIDADE DE ARMAS

Estando a atividade jurisdicional vinculada ao direito público,³⁰ justifica-se um maior ativismo probatório do juiz no processo, principalmente quando se observa um concreto desequilíbrio das partes na relação jurídica processual.

O juiz, muitas vezes, na incansável perseguição a um processo justo e equo, depara-se com causas endoprocessual e barreiras

externas ao processo que provocam sérios prejuízos ao princípio da igualdade de armas.

É dever do órgão jurisdicional zelar pela igualdade de armas.

A existência de uma efetiva desigualdade de armas entre os sujeitos da relação jurídica processual e a exigência de inércia do órgão jurisdicional são posturas incongruentes que não se adequam ao caráter público do exercício da atividade jurisdicional.³¹

O poder instrutório do juiz tem justamente por objetivo preservar o embate modernamente civilizado de uma autêntica “paridade de armas”, razão pela qual:

onde se perceba, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor

³¹ “En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material Maza Martín, J. M., ‘Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario’, Cuadernos de Derecho Judicial, n. XXVIII, 1995, p. 83. Sus palabras son suficientemente expresivas de una determinada ideología acerca del proceso penal: ‘El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal de procedimiento (principio de ‘oficialidad’), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al Tribunal que, a juicio del legislador, conduzcan a dicho fin’. En la misma línea Saavedra Ruiz, J., ‘La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal’, Cuadernos de Derecho Judicial, n. X, 1994, p. 37-38, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige la pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: ‘(...) el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por lo valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado.’” (ORTIZ, María Isabel Valdecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 167).

²⁹ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XIX.

³⁰ “(...) O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, s.d. p. 95.)





de uma das partes, não se pode esperar justiça da sentença, que pelo fato em si mesmo injusto, quer pela ilação de que não se chega ao conhecimento da verdade diante de duas versões ou afirmações contrárias se a uma e outra parte não se confere igual chance de dizer e demonstrar o que alega.³²

Sob a perspectiva da igualdade de armas, Vittorio Denti define a posição do juiz como resultado de uma dupla concepção garantista, que visa a salvaguardar dois princípios fundamentais, liberdade e igualdade. Essa dupla concepção seria: (a) vetor-garantístico – baseado na defesa do princípio dispositivo em um sentido processual, isto é, como garantia de neutralidade e imparcialidade do juiz; (b) “neogarantístico” que procura a efetiva igualdade das partes.³³

A efetiva igualdade das partes reclama, também, a efetividade do contraditório, pois,

a efetividade do contraditório não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa com a finalidade de formar o convencimento do juiz, razão pela qual a defesa não pode ser lacunosa e insuficiente. Os poderes instrutórios de ofício se colocam assim num quadro mais amplo, que abrange todas as iniciativas tendentes a garantir a efetiva defesa, de direito e de fato.³⁴

Há necessidade de se estabelecer mecanismo que possa compensar essa

desigualdade congênita, e que permita a todo participante da relação processual atuar em igualdade de armas.

A partir do momento histórico em que se postula a existência de um processo justo e equo, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional tanto na esfera do processo civil como no âmbito do processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só e isoladamente, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.

Recorde-se que o exercício probatório realizado pelo órgão jurisdicional tanto pode reforçar a tese do autor da demanda penal ou civil, como, pelo contrário, favorecer ao réu ou ao acusado, isto é: “Entre otras cosas porque esa actividad puede versar tanto sobre los hechos que dan lugar a la responsabilidad criminal como sobre los hechos que la excluyen.”³⁵

Ao se utilizar dos meios probatórios, nenhuma das partes da relação jurídica processual penal ou civil pode ter absoluta certeza quanto ao resultado previamente esperado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza, “(...) por lo que ni siquiera la decisión de acordar la práctica de prueba sobre un hecho implica una predeterminación del resultado”.³⁶

O juiz, ao exercer o ativismo judicial com o fim de resguardar a paridade de armas,

busca tan sólo determinar la verdad o no del hecho para poder dictar la sentencia más justa, en cuanto se acomode lo mejor posible a la realidad. Esta es la diferencia fundamental entre la práctica de la prueba por parte del órgano jurisdiccional y la de la parte.³⁷

³² CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101.

³³ DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, n. 3, p. 729, set. 1984.

³⁴ “(...) Effettività del contraddittorio non significa, peraltro, soltanto dibattito delle questioni tra le parti, ma concreto esercizio del diritto di difesa ai fini della formazione del convincimento del giudice, e, quindi, garanzia che la difesa non sia lacunosa o insufficiente. I poteri istruttori d’ufficio si collocano così in un quadro più ampio, che abbraccia tutte le iniziative volte a rendere effettiva la difesa, in diritto e in fatto (...).” (Idem, p. 732.)

³⁵ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 456.

³⁶ Ibidem.

³⁷ “Así, cuando se habla de imparcialidad del órgano jurisdiccional y atribución de facultades probatorias al mismo, lo que se está discutiendo en realidad es si el proceso pertenece exclusivamente a las partes o por el contrario el órgano jurisdiccional debe participar en él.”





Não se pode negar, evidentemente, que sempre haverá um componente ideológico na escolha de uma posição a favor ou contra a participação do juiz na atividade probatória.³⁸

Porém, mais importante que esse componente ideológico é estabelecer a justa medida dessa participação.

6 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA *EX OFFICIO* NO DIREITO COMPARADO

A Lei portuguesa 43, de 26.09.1986 (Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal), que autorizou ao Governo Português aprovar um novo Código de Processo Penal e revogar a legislação vigente sobre essa matéria (art. 1.º), prescreveu a observância do princípio da investigação judicial como medida de participação do juiz na atividade instrutória do processo penal. Esse princípio foi assim formulado no art. 2.º, alínea 4, da Lei autorizativa: “Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial”.

O princípio da investigação judicial,³⁹ recomendado pela Lei autorizativa, foi efetivamente consagrado no Capítulo III – Da produção da Prova – art. 340.º (Princípios gerais) do Código de Processo Penal português, com as seguintes características:

(CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 457-458.)

³⁸ DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, n. 3, 1984. p. 726.

³⁹ “O princípio da investigação constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. (...) A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes.” (DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. *RePro*. São Paulo: RT, n. 67, p. 79, jul.-set. 1992.)

O Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Se o tribunal considerar necessária à produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta.

Muito embora o modelo processual penal português tenha caráter nitidamente acusatório, não há qualquer incompatibilidade de que venha a ser temperado pelo denominado princípio da investigação judicial, também conhecido pelo nome de princípio da verdade material.⁴⁰

Trata-se de uma estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação judicial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português legitima o princípio da investigação judicial, estabelecendo para o seu exercício alguns requisitos, a saber:

- (a) O princípio da investigação oficiosa no processo penal tem os seus limites previstos na lei e está condicionado, desde logo, pelo princípio da necessidade, uma vez que só os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário para habilitar o julgador a uma decisão condenatória ou absolutória devem ser produzidos por determinação do tribunal na fase do julgamento, oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais;⁴¹

⁴⁰ “Mas este princípio tem limites: os meios de prova admissíveis são aqueles cujo conhecimento se afigure necessário para a descoberta da verdade e boa decisão da causa (n. 1). É o afloramento do princípio da necessidade. Os meios de prova permitidos são aqueles que forem legalmente admitidos (n. 3 e princípio da legalidade, consagrado no art. 125.º). Os meios de prova a produzir deverão ser adequados ao objeto da prova – princípio da adequação, aflorado no n. 3. Os meios de prova hão-de ser de obtenção possível – princípio da obtenibilidade, consagrado no n. 4, al. b).” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal – Anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 666.)

⁴¹ Acórdão do STJ de 1.º.07.1993, Proc. 43022/3.ª.





(b) resulta dos princípios da verdade material e da investigação, contidos, respectivamente, nos n. 1 e 2 do art. 340.º do CPP, que o tribunal tem o poder-dever de investigar o facto sujeito a julgamento e construir por si mesmo os suportes da sua decisão, independentemente das contribuições dadas para tal efeito pelas partes em litígio. Daqui resulta que o tribunal deve, oficiosamente ou a requerimento das partes, ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure essencial à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, não estando, obviamente, circunscrito aos meios de prova constantes da acusação, da contestação ou da pronúncia (...).⁴²

Segundo afirmam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, o princípio da investigação criminal do direito português recai sobre o órgão jurisdicional a quem se confere o dever de investigar e esclarecer, se necessário oficiosamente, o fato submetido ao julgamento, retirando-se das partes – Ministério Público e defesa – qualquer ônus da prova.⁴³

No processo penal alemão, o juiz está investido na obrigação de apurar a verdade material (§ 244, coma 2, StPO), razão pela qual, já na fase intermediária do procedimento pode dispor de atuações probatórias para o melhor descobrimento dos fatos.

Para Ernst Beling, a investigação da verdade material, enquanto critério que vai marcar as diferenças entre a atividade probatória penal e civil, denota-se pelas seguintes características: (a) não existe a obrigação das partes em provar os fatos; (b) que a conformidade dos fatos alegados pelas partes não

exime o juiz de sua comprovação; (c) não existe a figura do ônus da prova formal, assim o juiz pode utilizar os meios que estime conveniente; (d) o juiz é quem dirige a prática da prova; (e) o juiz tem toda liberdade para investigar a verdade, ainda que existam proibições probatórias.⁴⁴

A verdade material como finalidade do processo penal alemão implica na possibilidade de o juiz alemão estender o conteúdo probatório para além daquele que fora delimitado pelas partes. Por isso, “(...) el juez no es en el proceso penal alemán, por consiguiente, un árbitro neutral, sino que procura él mismo activamente la investigación de la verdad de oficio”.⁴⁵

O direito espanhol reconhece a possibilidade de o juiz realizar provas em caráter complementar. Nesse aspecto estabelece o art. 729 da LECrim:

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes; 2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

Ao comentar o art. 729 da LECrim, José Antonio Diaz Cabiale afirma não haver dúvida de que o processo penal espanhol se rege pelo princípio da aportación de parte; porém, em caráter excepcional, permite-se a atividade probatória do órgão jurisdicional para comprovar algum fato que as partes lhe tenham submetido à consideração, seja por falta de prova essencial, ou porque as provas realizadas no processo por

⁴² Acórdão do STJ de 04.12.1996, *Boletim do Ministério da Justiça* 462/286.

⁴³ “Tanto mais que, o Ministério Público encontra-se vinculado a critérios de estrita objetividade (o que demonstra que ele não é parte no processo penal. Ele estará apenas interessado no resultado do processo, enquanto tal resultado corresponder à realização da Justiça e do Direito (...).” (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 140).

⁴⁴ “En particular, el tribunal debe buscar de oficio todos los posibles puntos de vista a favor del imputado (la llamada defensa material del imputado, infra § 30). Este principio resulta del propio carácter de toda causa penal, que es una ‘causa pública.’” (BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 79.)

⁴⁵ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 329.





iniciativa das partes não foram suficientes para eliminar a dúvida do órgão jurisdicional sobre algum fato relevante. Na verdade, o art. 729 da LECrim somente se pode compreender de duas maneiras: ou se consagra a investigação de ofício e, com isso, coloca-se em relevo uma incongruência e falta de sistematização do legislador, ou simplesmente se considera como uma exceção ao princípio da “aportación de parte”. A conclusão parece evidente, o processo penal espanhol rege-se pelo princípio da “aportação da parte” no juízo oral, e a atividade jurisdicional probatória somente pode ser entendida como sendo de aspecto excepcional, isto é, quando seja “absolutamente necessária” sua realização e, fundamentalmente, de forma subsidiária ou complementar.⁴⁶

A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol vem reiteradamente afirmando que a finalidade do processo penal consiste em alcançar a verdade material, razão pela qual se justifica a produção probatória judicial *ex officio*.⁴⁷

Na Europa continental, desde o século XIX, a possibilidade de o juiz ou Tribunal praticar atividade probatória de ofício é uma realidade e uma constante tradição,

pues en la mayoría de los ordenamientos europeos, la verdad material, se mantiene como una de las finalidades del mismo, incluso en las reformas más recientes.⁴⁸

O mesmo não ocorre no modelo desenhado pela *common law*, que não consagra a verdade material como um dos fins do processo.

Boa parte da doutrina, com base no postulado anglo-saxão, vem sustentando que não é a verdade absoluta ou empírica que deve ser

alcançada no processo penal ou civil, mas um desiderato em que a equação propugnada seja por uma verdade livre ou imune de manipulação ou influência por parte da acusação ou da defesa; que essa verdade, segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, com base na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, não seja

(...) absoluta ou ontológica, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida.⁴⁹

O sistema *common law* evidentemente tem uma preocupação de salvaguardar os direitos do réu que estão em jogo, razão pela qual apresenta uma tendência inata de aumentar o caráter acusatório de um modelo processual penal, tomando-se como padrão o modelo desenhado pelos países anglo-saxões.

Essa noção de verdade contingencial faz com que a finalidade do processo não seja identificada com a procura da verdade em sentido objetivo ou empírico. A verdade pode ser alcançada ou não por meio do processo, porém, isso é uma questão em si absolutamente secundária, pois, acima de tudo, o que se propugna é por um resultado objetivamente racional. Realça-se a concepção isonômica do direito probatório e a prova como argumento, “(...) esto es entendiéndola de forma argumentativa y basada en lo probable, como concepto que sustituye a lo verdadero o cierto”.⁵⁰

O modelo adversarial da atividade probatória que consagra em caráter absoluto e irrestrito o princípio da “aportación de parte” se baseia impreterivelmente na superação do conceito de verdade objetiva, mediante sua substituição pela prova dialética ou prova como “argumentação”, que é o pressuposto

⁴⁶ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 323-324.

⁴⁷ “Nesse sentido a SSTC 62 de 10 de maio de 1985: ‘(...) estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material (...)’.” (Ibidem, p. 337.)

⁴⁸ Ibidem, p. 331.

⁴⁹ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal práctico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 139.

⁵⁰ CABIALE, J. A. D. Op. cit., p. 250-251.





gnosiológico essencial para fundamentar dita concepção.⁵¹

Pode-se dizer que o modelo inquisitório se conforma de maneira que a finalidade única do processo seja a busca da verdade objetiva, e o acusatório puro faz desaparecer como meta principal aludida finalidade; já o modelo acusatório misto trata de realizar um difícil equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e a busca da verdade.⁵²

O juiz, em face da veracidade dos enunciados relativos aos fatos da causa, não mais se expressa em termos absolutos de verdadeiro/falso. Apresentam-se, então, asserções sobre os fatos ou “narrações” dos fatos, mais ou menos atendíveis segundo o suporte probatório apresentado por uma das partes.⁵³

A referência ao modelo desenhado pela *common law* não teve por finalidade justificar eventual restrição à atividade probatória do juiz no processo, uma vez que ao se retirar da finalidade do processo a busca por uma verdade material absoluta e indiscutível, redirecionando-a para um resultado baseado na probabilidade e validade, não significa que a iniciativa probatória por parte do órgão jurisdicional deva ser eliminada ou mesmo limitada.

Na busca de um resultado justo, mesmo que baseado em probabilidades, legitima-se, mais do que nunca, essa atividade *ex officio* do juiz.

Na Europa, o processo penal italiano está sendo desenhado de forma a abandonar a tradição europeia continental, para assumir o

modelo anglo-saxão, razão pela qual deixou de considerar a verdade real como finalidade do processo penal; contudo, mesmo diante dessa opção de modelo epistemológico, o Código de Processo Penal italiano, em seu art. 507, mantém a atuação extraordinária do órgão jurisdicional em matéria probatória.

Paolo Tonini, ao estudar a prova no processo penal italiano, leciona que o juiz não pode permanecer inerte quando a inatividade ou a hiperatividade de uma das partes colocar em risco a possibilidade de se atingir o objetivo visado pelo processo penal. O objetivo que se propugna na relação jurídica processual penal (*res iudicanda*) e o poder de iniciativa probatória devem ser correlatos. Assim, se o objeto da relação jurídica processual é de caráter indisponível, como o é no processo penal, a iniciativa probatória compete em alguma medida ao juiz: “(...) o papel atribuído ao juiz na fase de debates não é o de árbitro de uma discussão em que exclusivamente as partes fornecem os materiais para a decisão”.⁵⁴

O ordenamento jurídico brasileiro, ao seguir as diretrizes da Europa continental, permite expressamente a atuação *ex officio* do juiz no campo da produção probatória, conforme se percebe pela normatização estabelecida nos arts. 156, 181, parágrafo único, 209, § 1.º, 234, 242, 497, XI, 502 e 538 do CPP.

Mas esse ativismo judicial no campo probatório, seja ele principal ou subsidiário, não pode ser irresponsavelmente discricionário ou aleatório, sendo necessárias algumas condições para o seu exercício.

Segundo Joan Picó i Junoy,⁵⁵ três são os requisitos necessários para iniciativa probatória do juiz: (a) em primeiro lugar, a prova

⁵¹ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 325.

⁵² “La característica del modelo acusatorio mixto, por tanto, es el equilibrio entre los dos valores indicados, sin que la verdad desaparezca como finalidad del proceso, lo que justifica en última instancia la intervención del órgano jurisdiccional en materia probatoria.” (Ibidem, p. 327.)

⁵³ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano LI, n. 2, p. 323, jun. 1997.

⁵⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002. p. 97.

⁵⁵ PICÓ I JUNOI, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 106-107.





praticada pelo juiz deve limitar-se aos fatos discutidos no processo, como decorrência de sua vinculação ao objeto delimitado pelo princípio acusatório. A atividade probatória não poderá incidir sobre outros fatos que não aqueles circunscritos na denúncia ou na queixa-crime, pois, de outro modo, haveria modificação indevida do objeto do processo. Tendo em vista que os fatos puníveis devem permanecer imutáveis a partir da propositura da denúncia ou da queixa, não poderá o juiz determinar provas que incidam sobre fatos novos, mesmo que essenciais, posto que a peça inicial acusatória vincula o juiz, impedindo-lhe de se desviar dos termos que ela vem formulada ou apreciar fatos ou circunstâncias que não tenham sido objeto de consideração na mesma peça acusatória, nem sobre os quais, portanto, o acusado não tenha tido oportunidade de se defender; (b) em segundo lugar, é necessário que conste dos autos as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória. Somente assim se evita que o juiz, atuando de modo inquisitivo, perca sua objetividade. Desta maneira, em relação à prova testemunhal, reclama-se a presença de um terceiro que possa ter ciência sobre algum dado processualmente relevante, e que sua identidade tenha sido revelada durante a instrução. No que concerne à prova documental, há necessidade de referência de documento citado por alguma das partes ou por alguma testemunha. Diante da prova pericial, há necessidade de um parecer técnico sobre algum fato relacionado ao processo e que demande conhecimentos especializados; (c) finalmente, em terceiro lugar, o último e mais importante requisito reclama que o desenvolvimento da prova praticada por iniciativa do juízo seja escrupulosamente realizado em observância ao contraditório e à ampla defesa que todo litigante possui na realização de qualquer meio probatório.⁵⁶

⁵⁶ “Non si può escludere, invece che nel nostro assetto

7 A ATIVIDADE PROBATÓRIA EX OFFICIO E O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

A última questão a ser desenvolvida em relação à produção probatória *ex officio*, diz respeito ao princípio *in dubio pro reo* como corolário do princípio da inocência.⁵⁷

Segundo entende a concepção ideológica doutrinária contrária ao ativismo judicial, existindo dúvida sobre a existência ou não dos fatos articulados na peça acusatória, deve o magistrado aplicar o princípio *in dubio pro reo*, proferindo decisão absolutória em favor do acusado, e não partir para a produção de prova *ex officio*.

Essa posição doutrinária, infelizmente, incide em erro de avaliação quanto ao momento processual em que se deve utilizar o corolário do princípio da inocência.

O princípio *in dubio pro reo* tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo, permanecer uma

costituzionale, e de iure condendo, al giudice possano essere largiti maggiori poteri di iniziativa nello svolgimento del processo (...), potrà essere allargato il margine di disponibilità della prova *ex officio*; ma con due precisi limiti: da un canto, tenendo sempre ferma la tipizzazione legale dei mezzi di prova – quanto si voglia rammodernata – senza la quale si rischia di vulnerare la parità fra i cittadini, somministrando loro, per questo lato, processi diversi; dall’altro, assicurando ai contendenti la garanzia del contraddittorio, sia in termini di nuove allegazioni e prove a petto della prova disposta *ex officio*, sia in termini di pieno controllo nell’assunzione della prova.” (FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 2, p. 193-203, 1972. p. 201-201).

⁵⁷ “O princípio, na formulação latina utilizada, foi cunhado por Stübel; mas ele constitui um produto generalizado dos ‘processos reformados’ do séc. XIX, sendo conhecido em muitos países sob o nome de ‘presunção de inocência do arguido até a condenação’. Foi sob esta forma que ele surgiu no art. 9.º da ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’, e é sob ela que se contém no art. 11.º, 1 da ‘Declaração Universal’ da ONU (...)” (DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1. p. 213-214).





dúvida razoável no que diz respeito à responsabilidade penal do acusado.

A incidência desse princípio ocorre no momento em que o juiz irá definir a sorte final do processo.

A atividade probatória *ex officio*, por sua vez, desenvolve-se em momento anterior àquele em que se analisará a incidência do princípio *in dubio pro reo*, ou seja, durante a fase instrutória.

Se após a instrução processual, mediante a realização das provas necessárias, seja a requerimento do Ministério Público, da defesa, ou mesmo por iniciativa do órgão jurisdicional, persistir dúvida objetiva quanto à responsabilidade penal do acusado, a absolvição é de rigor, com base no princípio *in dubio pro reo*.

O princípio *in dubio pro reo* tem por finalidade aduzir que o *non liquet* na questão da prova deve “(...) ser valorado a favor do argüido, não apenas em relação aos elementos constitutivos do tipo do crime, mas também quanto aos tipos justificadores”.⁵⁸

Conforme bem lembrado por Nilo Bairros de Brum:

Nos sistemas processuais como o nosso, que admitem a produção de provas pelo próprio julgador, é possível perceber a atividade valorativa do juiz até mesmo em razão das provas que ele produzir, já que a necessidade de produção de novas provas decorre do fato

⁵⁸ “Nas lúcidas palavras de José Souto de Moura: ‘Parte importante do fundamento da decisão reside na matéria de facto dada por provada, ou seja nas provas. Na ‘não prova’ não se pode cimentar o que quer que seja. Nem a absolvição nem a condenação. Mas porque o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet* tem que optar por uma coisa ou por outra. Porque é que vai optar pela absolvição? Porque as conseqüências da ‘não prova’ devem ser sofridas por quem tinha a obrigação de fazer a prova.’” (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 140.)

de ter o juiz julgado insuficientes as provas produzidas pelas partes.⁵⁹

O princípio do *in dubio pro reo* não é um obstáculo para a iniciativa probatória do juiz;⁶⁰ pois nas hipóteses em que depois de realizadas todas as medidas necessárias e legítimas para se apurar os fatos inseridos no âmbito da relação processual penal (*pro reo ou pro societatis*), inclusive *ex officio*, não for possível chegar a uma conclusão definitiva, deve prevalecer a presunção de inocência e seu corolário *in dubio pro reo* como regra de julgamento.⁶¹

CONCLUSÃO

A questão da atividade probatória *ex officio* realizada pelo juiz deve apresentar tratativa unívoca tanto no processo penal quanto no processo civil, não se concebendo diferenciações abstratas e inconsistentes, pois não há princípios autônomos ou distintos que justifiquem tratativa diferenciada em relação à iniciativa probatória em cada ramo processual.

⁵⁹ BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980. p. 52.

⁶⁰ “È stato da tempo posto in luce, per altro verso, che l’attribuzione di poteri inquisitori al giudice non è incompatibile di per sé con l’onere della prova (...)” (ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna: Galeati di Imola, 1979. p. 103.)

⁶¹ Evidentemente que essa maneira de pensar não é unânime. Para José Antonio Díaz Cabiale: “(...) es imposible pensar en un supuesto en el que la actividad de las partes deba ser completada por el Juez, precisamente porque el funcionamiento de la presunción de inocencia responde a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pudieran plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el Juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla enunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante. No cabe pensar por otra parte en la insuficiencia de prueba de la inocencia porque ello equivale a hablar de la insuficiencia de prueba de la culpabilidad y se resolvería de la forma indicada” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 311).





Diante dessa unificação de entendimento, conceber-se a impossibilidade de se atribuir atividade probatória ao órgão jurisdicional como manifestação do princípio acusatório, conforme anota Joan Pico i Junoy, é somente o resultado de uma evolução jurisprudencial pouco reflexiva, que, tendo por intenção reforçar ao máximo as garantias de imparcialidade, não observou que o processo é um instrumento que possuem os juízes e os tribunais para levar a bom termo sua função jurisdicional, pelo que é totalmente inadequado não atribuir ao julgador as faculdades necessárias que lhe permitam cumprir justa e eficazmente a função jurisdicional, sem menosprezar, é evidente, o devido processo legal.⁶²

A maior ou menor participação do órgão jurisdicional no campo probatório decorre de cada situação fática, e segundo a necessidade de consagrar concretamente determinados valores fundamentais que servem de garantia ao processo penal.⁶³

⁶² PICÓ I JUNOI, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

⁶³ “Pretendemos evitar en definitiva una situación que nos parece altamente peligrosa, vistos los problemas que ha suscitado en el orden civil: el justificar las exigencias del sistema en base simplemente al juego de principios o modelos procesales abstractos. No parece que la intervención mayor o menos del órgano jurisdicional en sede probatoria pueda o deba resolverse tan solo con el expediente del juego del principio acusatorio. Es cierto que puede existir una idealización de un modelo procesal que configure la intervención del Juez en un sentido u otro. Pero lo que verdaderamente tiene importancia para el desarrollo de la ciencia procesal es la configuración de un sistema de acuerdo con exigencias concretas, es decir construyendo un modelo que permita preservar los valores que la sociedad en cada momento determinado haya decidido consagrar como derechos fundamentales.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 197-198.)





REFERÊNCIAS

- ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, s.d.
- BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943.
- BERMÚDEZ OCHOA, E. Problemas orgânicos y procesales de la llamada ‘contaminación procesal’. La sentencia del tribunal constitucional 145/88, de 12 de julio, ‘Cuestiones de derecho procesal penal’, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- CARRERAS, J. *Facultades materiales de dirección*, en Estudios de derecho procesal, con Fenech, Barcelona, 1962.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A. El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal, *Poder Judicial*, n. 8, diciembre de 1987.
- DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, n. 3, 1984.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. Brum, Nilo Bairros. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: RT, 1980.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *RePro*. São Paulo: RT, n. 67, jul.-set. 1992.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal. *Tapia*, n. 43, diciembre. 1988.
- FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 2, p. 193-203, 1972.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal – Anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual – De acordo com a*





Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. *La socialización del proceso*. Constitución, Derecho y Proceso, en Estudios en memoria de Herce y Duque, Zaragoza, 1983.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Galeati di Imola, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 15, 1960.

MARTÍN-GRANIZO, M. Fernández. *Notas sobre la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 16 de octubre de 1984 ('De Cubre')*. *Poder Judicial*, n. 4, diciembre, 1986.

ORTIZ, Maria Isabel Valdecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PICÓ I JUNOI, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano LI, n. 2, jun. 1997.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

Recebido em: 06/06/2018

Aceito em: 05/08/2019





O princípio da imparcialidade e a atividade probatória *ex officio* do juiz: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 176-197, ago. 2019.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>

