

## 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 PROBATIONARY ACTIVITY EX OFFICIO OF THE JUDGE: WOULD THERE BE DIFFERENTIAL TREATMENT IN CIVIL PROCEEDINGS AND CRIMINAL PROCEEDINGS?*

**Artur César de Souza<sup>1</sup>**

Professor do Curso de Mestrado e Doutorado (UNIMAR, Marília/SP, Brasil)

**João Henrique Tatibana de Souza<sup>2</sup>**

Especialização em Direito Civil e Processo Civil (UEL, Londrina/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito processual civil; direito processual penal.

**RESUMO:** A problematização trazida 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 perspectiva 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 a diferenciação entre os diversos ramos processuais. Mediante a aplicação de

<sup>1</sup> Pós-Doutor pelas seguintes Universidades: Università Statale di Milano – Itália (2007); Universidad de València – 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. Possui Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2001). Professor em Direito Processual pela 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. *E-mail:* arturcesarsouza@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9497782327375287>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5280-6549>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. *E-mail:* jhtsadv@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7090793621234771>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0484-7922>.

uma metodologia analítica crítica, pretende-se apontar algumas considerações para a resolução do problema suscitado.

**ABSTRACT:** *The problematization brought 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, 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.*

**PALAVRAS-CHAVE:** imparcialidade; produção probatória; *ex officio*; processo civil; processo penal.

**KEYWORDS:** *impartiality; probative production; ex officio; civil lawsuit; criminal proceedings.*

**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; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The Spanish instructing judge and the principle of impartiality; 2 Analysis of the issue from the point of view of civil proceedings and criminal proceedings; 3 The reporting principles of criminal and civil proceedings as a distinguishing criterion of the ex officio evidentiary activity of the judge; 4 The probative activity of the judge and the object of the process – Need for differentiation; 5 Judicial activism and gun parity; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Sendo a imparcialidade a essência da atividade jurisdicional<sup>3</sup>, 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.

<sup>3</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 6.

Qualquer mácula ao princípio da imparcialidade, quando do exercício da atividade jurisdicional, configura não somente certa 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 “autômato” e “mecanicista” proveniente do sistema jurídico bonapartista.

Observa-se na dinâmica do processo penal e do processo civil moderno uma atividade mais proativa do juiz condutor do processo, seja com a finalidade 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 proativa do Magistrado, especialmente quando realiza atividade probatória *ex officio*, pode ensejar dano ou mácula ao princípio da imparcialidade do juiz, especialmente pelo fato de que, no processo jurisdicional contemporâneo, o juiz não é mais considerado um simples árbitro diante de contenda alheia.

## 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 probatórios, para o prosseguimento ou mesmo instauração de determinada demanda judicial.

Esse aspecto, pela sua particularidade, normalmente se restringe à análise de processos e procedimentos que tenham determinada fase preliminar sujeita e restrita ao denominado *juiz instrutor*. O direito penal espanhol adota esse 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 tópico caracteriza um pressuposto para a análise dos denominados “poderes instrutórios” do juiz e seus efeitos em relação ao princípio da imparcialidade<sup>4</sup>.

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. Aludida 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 condutor 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<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “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 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).”

<sup>5</sup> Neste sentido, a sentença do Tribunal Constitucional espanhol (STC 320/1993), de 8 de noviembre (FJ 3º), destaca: “Constituye un común denominador de todas las 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

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

Havendo risco aos direitos e às garantias individuais, indaga-se se o indiciado poderá, na fase instrutória do processo penal espanhol, suscitar a parcialidade subjetiva ou mesmo objetiva do juiz instrutor<sup>6</sup>.

É justamente 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 advêm 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 prejulgamentos em relação à culpabilidade do indiciado extremamente perigosos, 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, conseqüentemente, 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.

---

*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°); 11/1989, de 24 de enero (FJ 4°), y la 151/1991, de 8 de julio (FJ 4°). 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°), 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.

<sup>6</sup> Instrutor, no Direito espanhol, será aquele juiz que realiza as atividades instrutórias e participa de forma ativa nas investigações.

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<sup>7</sup>.

A atividade instrutória, na medida em que coloca o juiz em contato direto com o acusado, com os fatos e dados que devem servir para averiguar o delito e suas possíveis responsabilidades, pode provocar no ânimo do instrutor prejulgamentos 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

---

<sup>7</sup> “[...] 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)

do confronto entre os litigantes, os quais seriam os verdadeiros donos e únicos *dominus litis* da demanda processual<sup>8</sup>.

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 autômato e mecanicista”.

O processo civil em que o juiz se mostra um mero autômato 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<sup>9</sup>. Posteriormente, exigiu-se também no processo penal, como forma de garantir a imparcialidade judicial, a passividade do julgador (está-se diante do sistema acusatório)<sup>10</sup>.

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, poderá estar sujeito a prejulgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à decisão<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. 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.

<sup>9</sup> “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)

<sup>10</sup> 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)

<sup>11</sup> “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 Cabiedes, 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<sup>12</sup>.

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 desigualar 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.

Essa nova perspectiva do processo penal, regida pelo princípio acusatório, fez com que 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<sup>13</sup>.

---

*convertiría en un ‘asistente social’, perdiendo la imparcialidad, si abandonara su carácter de ajenidad respecto al proceso”* (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. 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. [Repertório de Jurisprudência Aranzadi, n. 6.756]).

<sup>12</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19.

<sup>13</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 196-197.

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 probatoria judicial en el orden civil, por el outro se abogaba por la quietud del órgano jurisdicional en el orden penal*”<sup>14</sup>.

A referência a esse paradoxo não tem por finalidade a postulação de uma teoria geral dos poderes do órgão jurisdicional em matéria probatória, muito menos insistir na tese de uma teoria geral do processo penal e civil. Tem-se ciência de que cada ramo processual apresenta sua particularidade e peculiaridade que impedem a congruência de um sistema único.

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

A percepção do processo (seja ele civil ou penal) como um instrumento do poder desenvolvido por uma relação jurídica<sup>15</sup> em contraditório reclama maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil, seja no processo penal<sup>16</sup>.

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

---

<sup>14</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 199.

<sup>15</sup> Evidentemente que não se desconhecem as concepções teóricas que não reconhecem no processo a existência de uma relação jurídica.

<sup>16</sup> “Segundo a concepção tradicional, o princípio do 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)

anglo-saxão entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual<sup>17</sup>.

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 Sempronía, 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<sup>18</sup>. 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<sup>19</sup>.

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.

Conceber a impossibilidade de se atribuir atividade probatória ao órgão jurisdicional como manifestação do princípio acusatório, anota Joan Pico i Junoy, é somente o resultado de uma evolução jurisprudencial espanhola 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 (art. 117 da Constituição espanhola), razão pela qual é totalmente inadequado não se atribuir ao julgador as faculdades necessárias que lhe permitam cumprir justa e eficazmente a função jurisdicional, sem menosprezar, é evidente, algum direito processual das partes<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> “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, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 217)

<sup>18</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 204.

<sup>19</sup> “[...] in nessun paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitorio.” (PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19)

<sup>20</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93.

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<sup>21</sup>.

### 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<sup>22</sup>.

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<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> “*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 jurisdiccional 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)

<sup>22</sup> 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 petitum 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, ideologías, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 99).

<sup>23</sup> “[...] 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 per sua iniziativa 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 distinzione psicologica tra l'agire e il giudicare [...]” (LIEBMAN, Enrico

No processo penal, amparado inicialmente pelo princípio inquisitivo (oficialidade), o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade<sup>24</sup>.

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 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

---

Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 15, p. 561, 1960)

<sup>24</sup> “A verdade processual não assenta numa ideia de certeza científica comprovada, mas sim numa ideia 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). Muito interessante é a seguinte distinção feita por Gustavo Henrique Ivahy Badaró sobre “verdade” e “certeza” processual: “certeza” e “verdade” são conceitos intimamente ligados, mas não se confundem. A verdade “é um conceito de relação”, uma concordância entre objeto e a imagem que o sujeito dele capta. A certeza, por sua vez, é uma “manifestação subjetiva da verdade”, “a certeza do juiz é a verdade do processo” (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25 e 26).

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<sup>25</sup>.

Com fundamento nessa concepção doutrinária alemã, em que se realiza uma efetiva separação entre o princípio dispositivo e o princípio da participação ou aportação da parte, postula-se maior 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.

Esse paradoxo doutrinário foi assim assinalado 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.<sup>26</sup>*

Essa diversidade de postura torna-se mais evidente quando se sustenta a inércia probatória do órgão jurisdicional no processo penal, não só em razão do

<sup>25</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11.

<sup>26</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11.

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<sup>27</sup>.

É de se questionar, conforme leciona La Oliva Santos, essa diversidade de posicionamento que, ao mesmo tempo em que sustenta maior amplitude da atividade probatória *ex officio* do órgão jurisdicional no processo civil, sob o argumento de que aludida amplitude não causa qualquer dano ao direito fundamental a um juiz imparcial, propugna por uma redução dessa atividade no processo penal, sob o fundamento de mácula ao princípio da imparcialidade do juiz. O argumento de que o órgão jurisdicional perde sua imparcialidade quando pratica atividade probatória deve ser válida em todos os sentidos e para todas as espécies de processo<sup>28</sup>.

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 no processo civil, uma vez que o princípio da imparcialidade não pode ser analisado de forma distinta em razão da diversidade do ramo processual<sup>29</sup>.

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

---

<sup>27</sup> “[...] 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.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11)

<sup>28</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XXIV.

<sup>29</sup> “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)

#### 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 equívoco 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<sup>30</sup>.

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 assumindo a postura 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<sup>31</sup>.

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”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93.

<sup>31</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 362.

<sup>32</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 362.

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 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 protagonismo 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<sup>33</sup>.

A prova e sua aporção para o processo não é algo exclusivo das partes, uma vez que a busca pela verdade dos fatos e de suas consequências é também dever inerente do juiz no processo.

## 5 O ATIVISMO JUDICIAL E A PARIDADE DE ARMAS

Estando a atividade jurisdicional vinculada ao direito público<sup>34</sup>, justifica-se um maior ativismo probatório do juiz no processo, principalmente quando se observa um concreto desequilíbrio das partes na relação jurídica processual.

---

<sup>33</sup> CABIALE, José Antonio Diaz. *Princípios de aportación de parte y acusatório: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XIX.

<sup>34</sup> “[...] 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)

O juiz, muitas vezes, na incansável busca a um processo justo e equo, depara-se com causas endoprocessuais 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<sup>35</sup>.

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 percebe, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor 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”<sup>36</sup>.

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

<sup>35</sup> “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 Valldecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 167)

<sup>36</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101.

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<sup>37</sup>.

A efetiva igualdade das partes no processo 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 [...].<sup>38</sup>

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*”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 729, set. 1984.

<sup>38</sup> “[...] *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 [...]*.” (DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 732, set. 1984)

<sup>39</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 456.

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”<sup>40</sup>.

O juiz, ao exercer o protagonismo probatório 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”<sup>41</sup>.

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<sup>42</sup>.

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

## CONCLUSÃO

*Observam-se, no direito processual contemporâneo, propostas de maior amplitude dos poderes instrutórios do juiz no âmbito do processo civil e, ao mesmo tempo, vezes que propugnam pela redução desses poderes na esfera do processo penal, ao argumento de que o protagonismo do Magistrado pode causar mácula ao princípio da imparcialidade do juiz.*

Porém, a exigência de tratamento distinto quanto à atividade probatória do juiz no âmbito do processo penal e do processo civil, sob o fundamento de mácula ao princípio da imparcialidade do juiz, pode caracterizar certo paradoxo, pois o princípio da imparcialidade do juiz deve ser analisado numa perspectiva unívoca em ambos os ramos processuais.

<sup>40</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 456.

<sup>41</sup> “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.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 457-458)

<sup>42</sup> DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 726, set. 1984.

O recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição à atividade probatória *ex officio* deve apresentar leitura isonômica tanto no processo penal quanto na esfera do processo civil.

Daí a importância da distinção existente entre a “atividade probatória” e o “objeto do processo”, assim como quanto ao “princípio dispositivo” ou “princípio acusatório” e o “princípio da aporção da prova ao processo”.

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

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

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.

Por isso, é possível sustentar-se que, tanto no processo civil quanto no processo penal, o juiz poderá aplicar o “princípio da aporção da prova”, desde que não se descure do princípio dispositivo ou acusatório que fundamenta, respectivamente, o processo civil e o processo penal.

Essa perspectiva torna-se muito mais evidente quando no processo há disparidade de igualdade de armas, exigindo-se do juiz maior protagonismo para promover o equilíbrio no processo.

## REFERÊNCIAS

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.
- CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- CARRERAS, J. Facultades materiales de dirección. In: *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, dic. 1987.
- DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, 1984.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.
- 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, dic. 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: Bosch, 1943.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. La socialización del proceso. Constitución, derecho y proceso. In: *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. Fundamento 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 Cobre”). *Poder Judicial*, n. 4, dic. 1986.

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

PICÓ Y 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, a. LI, n. 2, jun. 1997.

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

Submissão em: 17.08.2018

Avaliado em: 16.05.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.07.2019 (Avaliador E)

Aceito em: 13.08.2019