

A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1 — Justificativa do tema; 2 — Significado e alcance da expressão “sistema acusatório”; 3 — Sistema acusatório e “adversarial system”; 4 — A concepção publicista do processo e sua função social: o papel do juiz; 5 — A iniciativa instrutória do juiz no processo moderno; 6 — Os limites da atividade instrutória oficial: contraditório, motivação das decisões judiciais, licitude (material) e legitimidade (processual) das provas; 7 — A iniciativa instrutória do juiz no processo penal e no processo civil. Verdade real e verdade formal; 8 — Conclusões.

1 — A propagação do modelo acusatório na América Latina, indubitavelmente promovida pelo Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, acarretou em diversos países e está trazendo em outros profundas modificações no sistema inquisitório antes difuso na América espanhola, com evidentes vantagens no tocante a um processo aderente às garantias constitucionais e fiel às normas da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

No entanto, alguns equívocos têm surgido aqui e acolá, a partir da errônea concepção do que se deve entender por “processo acusatório e processo inquisitivo”, assim como pelo significado da expressão “processo de partes”, ligada ao primeiro modelo.

Esses mal-entendidos têm induzido alguns teóricos e certos sistemas a confundir o sistema acusatório moderno com o “adversarial system” dos países anglo-saxônicos, com profundas repercussões sobre o papel do juiz no processo penal.

Desfazer esses equívocos, ou ao menos esclarecer alguns conceitos é o objetivo desse trabalho.

2 — A ambigüidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.

Decorrem desse conceito sintético diversos corolários: a — os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b — o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c — todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

Essas idéias, expostas e publicadas em diversas oportunidades no Brasil e no exterior — incluindo diversas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual — jamais mereceram qualquer contestação. Vê-se daí que o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal.

3 — O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado “adversarial system”, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao “inquisitorial system”, da Europa continental e dos países por ela influenciados.

Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no nº 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao

inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”, expressão que se poderia traduzir por “*processo de desenvolvimento oficial*”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no nº 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o “*adversarial*” e o “*inquisitorial system*”, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão *Verhandlungsmaxime*) e processo de desenvolvimento oficial.

Para ilustrar o segundo binômio — condução do processo por disposição das partes e desenvolvimento oficial —, especificamente no que diz respeito à iniciativa probatória, vale lembrar o caso referido pela literatura inglesa relativamente a juiz cujo julgamento foi anulado, sendo o magistrado convencido a demitir-se, por ter formulado às testemunhas perguntas demais, o que feriria o *fair trial*. Como bem aponta José Carlos Barbosa Moreira, no nosso sistema bem que alguns juízes mereceriam, ao contrário, ao menos uma advertência por fazer poucas perguntas, ou nenhuma (“Notas sobre alguns aspectos do processo — civil e penal — nos países anglo-saxônicos”, Rev. Forense, vol. 344, p. 98).

Cumpra observar, ainda, que nos próprios ordenamentos anglo-saxônicos existem várias exceções à regra do predomínio das partes, abrindo-se espaço maior à intervenção do juiz. O caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível (Barbosa Moreira, loc. cit., p. 99, com bibliografia). Além dos sinais de mudanças, é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legislativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao *trial* não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo. E, no processo norte-americano, toma corpo a idéia de que vale a pena buscar em sistemas continentais europeus sugestões para problemas que afligem a justiça criminal (Barbosa Moreira, loc. cit., pp. 108/109, com bibliografia).

4 — Mas a escolha entre o “*adversarial system*” e o do desenvolvimento oficial não deve ser determinada apenas pela maior ou menor eficiência de um em relação ao outro. À raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social.

O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste.

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

5 — Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do

processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.

Nada disso é garantido pelo “*adversarial system*”, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é frequentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz desponta, nesse panorama, como instrumento para atingir a igualdade real entre as partes.

A visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa,

a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.

6 — Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória oficial. Por isso mesmo prefere-se o termo “iniciativa do juiz” ao de “atividade do juiz”, porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita da prova. A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas — as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz — ao contraditório.

A segunda baliza em que deve conter-se a iniciativa instrutória oficial é a obrigação de motivação das decisões judiciais. Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova.

Por último, o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerarem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Assim, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz encontra seus limites na observância do contraditório, na obrigação de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícitas e ilegítimas.

7 — O que se disse acima aplica-se a qualquer processo, penal ou não penal. Não tem nada a ver com o sistema acusatório, também chamado de partes, não tem nada a ver com o processo civil dispositivo. Tem a ver,

exclusivamente, com a visão publicista do processo e com a sensibilidade para com a sua função social.

Como visto, o modelo acusatório do processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz. Suas características fundamentais são bem diversas. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo.

A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante, seu substituto processual, na ação penal de iniciativa privada). Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.

No processo civil, a regra da iniciativa oficial no campo probatório impõe-se mesmo quando o objeto do processo forem relações disponíveis de direito material. Seria até fácil sustentar que no processo civil dispositivo não cabe a iniciativa instrutória do juiz, reservada aos processos que versem sobre direitos indisponíveis, entre os quais avulta o processo penal. Mas não é disso que se trata.

José Roberto dos Santos Bedaque, na obra "Poderes instrutórios do juiz" (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., p. 65 ss.) demonstra à sociedade que a iniciativa instrutória oficial não passa exclusivamente pelo processo civil que verse sobre direitos indisponíveis. A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e cuja finalidade social, de pacificar com justiça, não se altera consoante seu objeto.

O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta de modo algum a liberdade das partes. Têm elas a plena disponibilidade do direito material, podendo, por exemplo, renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo.

Assim, pode-se afirmar que a questão referente à iniciativa instrutória do juiz no processo não se vincula à dicotomia direitos disponíveis-direitos indisponíveis, a qual se restringe exclusivamente ao campo do direito material. Ainda que disponível a relação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível. Já asseverava Calamandrei que a ampliação dos poderes do juiz no campo probatório não é incompatível com a objeto do processo (“Istituzioni di diritto processuale civile”, in *Opere Giuridiche*, Morano Ed., Nápoles, vol. IV, 1970, p. 223).

Vê-se daí que não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre “verdade real” e “verdade formal”, entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória.

Por isso mesmo, o termo “verdade real”, no processo penal e no processo civil, indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela. E isso vale para os dois processos, em matéria probatória.

A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais não se admite a prova, resumindo-se a controvérsia a uma questão de direito, enquanto no processo penal tradicional não pode haver convergência das partes sobre os fatos. O juiz penal, mesmo diante de fatos incontroversos, deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos da maneira mais próxima possível à certeza. Mas, aqui também, as tendências rumo à justiça penal consensual estão modificando os dados da questão.

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.

8 — Em conclusão, afirma-se:

a — O processo penal acusatório, ou processo de partes (em contraposição ao inquisitório), deve ser entendido, sinteticamente, como aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diversos, daí decorrendo os seguintes corolários: a1 — os elementos probatórios colhidos na investigação prévia servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas; a2 — o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz; a3 — todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural;

b — O conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo;

c — Tem a ver com os poderes instrutórios do juiz no processo o denominado “*adversarial system*”, do direito anglo-saxão, em oposição ao “*inquisitorial system*”, do sistema continental europeu e dos países por este influenciados;

d — Denomina-se “*adversarial system*” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “*inquisitorial system*”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz;

e — A dicotomia processo acusatório-processo inquisitório, no sentido utilizado na alínea “a”, não corresponde ao binômio *adversarial-inquisitorial* (em inglês). Um sistema penal acusatório pode adotar o modelo “adversarial” ou “inquisitorial”;

f — A fim de evitar confusões terminológicas, propomos que, na segunda dicotomia, a expressão *adversarial-inquisitorial system* seja traduzida por *processo que se desenvolve por disposição das partes e processo de desenvolvimento oficial*. Isto significa que, no chamado “*inquisitorial system*”, uma vez proposta a ação (princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*), o processo se desenvolve por impulso oficial e não por disposição das partes (não adotando, na terminologia alemã, o *Verhandlungsmaxime*);

g — Mesmo nos países anglo-saxônicos, o caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial. Mas mais importante do que isso são os princípios que informam o modelo de desenvolvimento oficial: quais sejam, a concepção publicista do processo e a percepção de sua função social;

h — O direito processual é regido por princípios publicistas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do processo não se colocam com vistas às partes e a seus interesses, mas em função do Estado e de seus

objetivos. Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social;

i — Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E deve ter iniciativa probatória, não podendo limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário;

j — Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará;

k — Nada disso é garantido pelo “*adversarial system*”, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é freqüentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos e culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz representa instrumento valioso para atingir a igualdade real;

l — A iniciativa oficial no campo da prova não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão;

m — Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: m1 — a rigorosa observância do contraditório; m2 — a obrigatoriedade da motivação; m3 — os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas;

n — O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, é condição de validade das provas. Não podem ser consideradas provas as que forem produzidas sem a concomitante presença do juiz e das partes. Todas as provas — produzidas pelas partes ou determinadas *ex officio* pelo juiz — devem ser submetidas ao contraditório, sob pena de invalidade;

o — A obrigação de motivação é a segunda baliza em que deve conter-se a iniciativa probatória oficial. Seja no momento de determinar a produção da prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada, sob pena de nulidade;

p — O terceiro limite à iniciativa probatória do juiz consiste na licitude (material) e na legitimidade (processual) das provas cuja produção determinada. Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar de ofício provas que vulnerarem regras processuais. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida;

q — O acima exposto aplica-se a qualquer processo, penal e não-penal. Observe-se, para o processo penal, que é estranha ao tema a questão dos elementos probatórios colhidos durante a investigação prévia e de sua inidoneidade para servir de base à formação do convencimento do juiz. Não se confunda a iniciativa instrutória do juiz no *processo* com a atribuição de poderes de busca da prova *na fase de investigação*. Durante esta, o juiz só pode ter os poderes de determinar medidas cautelares, sob pena de voltar-se à figura do juiz-inquisidor do processo antigo;

r — Não há razão para se retirar do juiz a iniciativa instrutória, mesmo no processo civil que verse sobre direitos disponíveis. A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e função social. O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta a liberdade das partes, que podem renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade instrutória das partes, mesmo no processo civil dispositivo;

s — Vê-se daí que não há porque continuar sublinhando a distinção entre “verdade real” (para o processo penal) e “verdade formal” (para o processo civil). O conceito de verdade não é ontológico nem absoluto e no processo — penal ou civil que seja — o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deve ser dotado de iniciativa instrutória;

t — Nos dois tipos de processo, deve entender-se por “verdade real” a verdade subtraída à exclusiva influência das partes. A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais não se admite prova, enquanto no processo penal tradicional, mesmo diante de fatos incontroversos, o juiz deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos. Mas,

aqui também, a tendência rumo à justiça penal consensual está aproximando o processo penal do processo civil.

u — O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não-penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontrovertidos.