

## **O decidir de ofício como desvirtuamento do jogo processual penal constitucionalizado**

### **The deciding ex-officio as distortion of constitutionalized criminal procedure game**

Fernando Laércio Alves da Silva\*

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a incompatibilidade entre os dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro que autorizam ao juiz decidir questões de ofício e o modelo constitucional de processo, cuja concretização é exigência da Constituição Federal de 1988. Para tanto, metodologicamente, o texto parte da análise do processo penal constitucionalizado na perspectiva de um jogo racional, perspectiva já adotada por Calamandrei em relação ao processo civil. Em seguida, discute as garantias constitucionais do contraditório, imparcialidade e presunção de inocência no processo penal de acordo com o modelo constitucional de processo. Por fim, analisando como a prática de decidir de ofício pelo juiz ofende as garantias acima mencionadas, conclui pela impossibilidade de sua manutenção no Brasil.

**Palavras-chave:** Modelo constitucional de processo penal; decisão de ofício; contraditório; imparcialidade; presunção de inocência.

**Abstract:** The present paper aims to demonstrate the incompatibility among the devices of the Brazilian Code of Criminal Procedure that allows the judge to decide ex-officio matters and the constitutional process model, whose concretion is a demand of the Federal Constitution of 1988. In order to do that, methodologically, the text starts with the analysis of the constitutionalized criminal proceedings from the perspective of a rational game, a perspective that has already been adopted by Calamandrei regarding the civil proceedings. Then, it discusses the constitutional guarantees of the contradictory, impartiality and

---

\* Doutorando em Direito Processual pela PUC Minas. Professor Assistente II da UFV. Advogado. Bolsista CAPES.

presumption of innocence in the criminal proceedings in accordance with the constitutional proceedings model. Lastly, analysing how deciding ex-officio through the judge offends the guarantees mentioned above, concludes the impossibility of maintaining such a procedure in Brazil.

**Keywords:** Constitutional criminal process model; ex-officio decision; contradictory; impartiality; presumption of innocence.

## 1 Breves considerações sobre o jogo processual

O ano de 1950 pode ser lembrado, entre outras questões, pela publicação, na *Rivista di Diritto Processuale*, do ensaio intitulado *Il processo come giuoco*, de autoria de Piero Calamandrei (1950) <sup>1</sup>. Embora se trate de um texto pequeno – como boa parte da produção bibliográfica de Calamandrei no período pós-Segunda Guerra Mundial –, em apenas vinte e oito laudas, se descortinam diversas considerações em sua maioria ainda atuais sobre a atuação das partes e do juiz no processo civil de base dialética.

Tal análise é desenvolvida por Calamandrei a partir de uma tentativa de aproximação entre as teorias do processo como relação jurídica, de Büllow, e do processo como situação jurídica, de Goldschmidt, as quais, para ele – Calamandrei –, se complementariam no processo judicial estruturado sob a base dispositiva:

[...] não obstante os formulários fixos de procedimento, não existe um processo que seja igual ao outro, como não existe no xadrez uma partida que seja igual à outra. O processo nasce e se cria rodada a rodada, movimento a movimento, assim como o modelam de maneira imprevista e imprevisível as combinações freqüentemente [sic] bizarras das formas contrapostas que nele se cruzam[...].

Tudo isto não destrói, entendamos bem, a exatidão da teoria da relação processual, no que se refere ao núcleo central desta, que é o dever do juiz de prover e o correspondente direito das partes de obter provimento, mas é certo que o conteúdo concreto desta obrigação do juiz se molda dialeticamente em correspondência com as situações jurídicas criadas pela concorrente atividade das partes: segundo a variável pontuação, poder-se-ia dizer, de seu jogo (CALAMANDREI, 2002, p. 195).

É bem verdade que, mesmo nesse texto, Calamandrei ainda compreende o processo como instrumento para a satisfação do interesse público de justiça, trabalhando, portanto, a

---

<sup>1</sup> No presente estudo foram utilizados tanto o texto original, publicado por Calamandrei em italiano, como a versão traduzida para o português por Roberto Del Claro (CALAMANDREI, 2002).

dialeticidade a serviço do julgador para construção da decisão “justa” (CALAMANDREI, 2002, p. 192-193) <sup>2</sup>. Não obstante isso, seu trabalho tem o mérito de defender a construção da decisão judicial não como um ato isolado do juiz “senhor do processo”, mas sim como o resultado derivativo “da soma dos esforços contrastantes, ou seja, das ações e das omissões, das astúcias ou dos descuidos, dos movimentos acertados e das equivocações” (LOPES JR., 2005, p. 66).

Ou, nas palavras do próprio Calamandrei (2012, p. 193):

a sentença [...] é a resultante psicológica de três forças em jogo, duas das quais, buscando cada uma puxar à sua própria direção a terceira, desenvolvem entre elas uma competição cerrada que não é feita somente de boas razões, como também de habilidade técnica em fazê-las valer.

Nesse contexto, analisado o processo como um jogo, a decisão judicial (julgamento do jogo) somente pode decorrer do conjunto argumentativo e probatório produzido pelas partes (jogadores).

Desta feita, segundo Calamandrei, o processo somente pode ser concebido como uma espécie de jogo, estruturado sobre o princípio da dialeticidade, entendido este como “o nexos psicológico em virtude do qual cada ato que uma parte realiza no momento exato, constitui uma premissa e um estímulo para o ato que a contraparte poderá levar a cabo logo depois” (CALAMANDREI, 2012, p. 194).

Um fato que pode passar despercebido para o leitor menos atento, mas não para o mais cauteloso, é o de que toda a análise realizada por Calamandrei toma por objeto exclusivamente o processo civil. Urge, então, indagar se também o processo penal, especificamente o brasileiro, pode ser analisado a partir da alegoria do jogo ou se, pela particularidade de seu objeto, tal tratamento a ele não se coaduna.

## **2 O processo penal também é um jogo?**

---

<sup>2</sup> Atualmente, a partir de um estudo mais profundo do Direito Processual, se sabe que essa aproximação entre as teorias do processo como relação jurídica (Bülow) e como situação jurídica (Goldshmidt) não se mostra possível. Isso porque a incompatibilidade é estrutural, e não apenas pontual, como parecer ter sido a compreensão de Calamandrei. Desta feita, a tentativa de conformação entre elas não passaria de uma bricolage e, ainda assim, uma bricolage mal construída.

Tomando-se em mãos o texto do Código de Processo Penal brasileiro, mesmo após o conjunto de reformas implementadas ao longo dos anos de 2008 a 2011<sup>3</sup>, dificilmente a indagação lançada no título do presente tópico encontraria resposta afirmativa. Isso porque, estruturado o texto legal em bases fortemente inquisitoriais (BARROS, 2009, p. 04), o processo penal ainda persiste, na visão de alguns autores<sup>4</sup> cujos escritos são diuturnamente colacionados nas peças processuais elaboradas, tanto pelas partes em litígio como nos atos decisórios dos juízes, como meio de pacificação social ou como um instrumento para aplicação da lei penal, ou seja, a serviço do Estado para a solução do problema da criminalidade<sup>5</sup>.

Esse modelo de processo penal, baseado em elementos como *busca da verdade real*, *ativismo judicial penal*, *escopo metajurídico de pacificação social*, entre outros, por óbvio, jamais se compatibilizaria com a visão do processo penal como um jogo.

Ocorre que, embora ainda se encontrem inúmeros defensores desse modelo de processo penal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo de processo penal definido no Código de Processo Penal não mais encontra sustentação. Na nova ordem constitucional, o processo penal deixa de ser instrumento de pacificação social ou apenas um legitimador da pena pretendida pelo acusador para se transformar em “um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais” (LOPES JR., 2005, p. 10)<sup>6</sup>, “comprometido com a questão da liberdade” (JARDIM, 2005, p. 307) e estruturado sobre as bases das garantias constitucionais do processo definidos no texto constitucional de 1988 (BARROS, 2009, p. 14) ou modelo constitucional de processo.

Não se quer dizer com isso que a aplicação da pena não mais esteja no rol de assuntos de interesse no processo penal. Longe disso, mesmo porque, uma vez alcançada a

---

<sup>3</sup> Faz-se menção aqui às Leis n. 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008, 12.403/2011, que alteraram sensivelmente diversos pontos do texto original do Código de Processo Penal brasileiro, vigente desde 1941 e em vigor desde 1º de janeiro de 1942.

<sup>4</sup> Como defensores dessa linha de pensamento, podem ser citados Edilson Mougnot Bonfim (2013), Fernando Capez (2006) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2011a).

<sup>5</sup> Dúvidas não restam acerca desse compromisso estatal de utilização do processo como instrumento de combate à criminalidade pela simples leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal, na qual expressamente se vê no texto legal em questão que “[...] os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva [...]”, que “[...] o juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”, ou ainda que “o interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos” (BRASIL, 2013, p. 341, 344, 346).

<sup>6</sup> No mesmo sentido, José de Assis Santiago Neto (2011, p. 59).

conclusão, por meio do devido processo, de que a acusação narrada na petição inicial (denúncia ou queixa) procede, salvo nos casos de extinção de punibilidade, deverá ser aplicada uma pena ao condenado em conformidade com as regras de fixação previstas no Código Penal, e, posteriormente, tal pena deverá ser executada nos termos definidos pela Lei de Execução Penal.

O que se quer deixar claro, isto sim, é que mais importante que o resultado buscado (condenação ou absolvição) é a maneira como vem ele a ser alcançado. Nesse sentido, o processo penal deve se estruturar, não apenas normativamente, como também no caso concreto, em absoluta conformidade com as garantias constitucionais, de modo que a legitimidade da decisão se materialize não pelo poder da autoridade que a profere, mas pela metodologia que se segue para sua construção. E essa metodologia, no Brasil pós-Constituição Federal de 1988, não pode ser outra que não a do modelo constitucional de processo<sup>7</sup>.

Tal metodologia – modelo constitucional de processo penal – se concretiza pela absoluta vinculação da atividade processual penal às garantias constitucionais gerais do processo – contraditório, ampla defesa, fundamentação da decisão e imparcialidade do julgador – e às específicas do processo penal – presunção de inocência e garantia das liberdades individuais dos sujeitos (BARROS, 2009, p. 15). Ora, convertendo-se, então, o processo penal, de mero instrumento para aplicação do Direito Penal (CAPES, 2006) para o espaço destinado à participação dos sujeitos processuais parciais (acusador e acusado) na construção da decisão judicial em contraditório e respeitadas a ampla defesa e a imparcialidade do juiz, configurada resta a resposta afirmativa à questão lançada no título do presente tópico: também o processo penal pode ser compreendido como uma espécie de jogo.

Com a mesma visão, Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 29) caracteriza o processo penal como “um jogo mediado pelo Estado Juiz, em que a fortaleza da inocência, ponto de partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor”.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, Ronaldo Brêtas disserta que “[...] no Estado Democrático de Direito (...) a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo” (BRÊTAS, 2012, p. 37). Por sua vez, Dierle Nunes sustenta que “o processo lastreado em um modelo constitucional [...] constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional” (NUNES, 2012, p. 250).

É claro que, se comparado ao processo civil, o processo penal possui suas particularidades, como de fato, cada microsistema processual possui<sup>8</sup>. Tais particularidades, entretanto, não afastam sua compreensão como um jogo de estratégia desenvolvido pelas partes a fim de, cada qual, alcançar o convencimento judicial. Aliás, para cada modalidade de jogo – e mesmo em competições distintas de um mesmo tipo de jogo – um conjunto de regras distinto é construído, de modo a que restem atendidas suas necessidades específicas, afinal, parafrazeando Aury Lopes Jr. (2005, p. 67) ao analisar a mesma temática ora enfrentada, “não é qualquer regra que nos serve, pois devemos ir para além delas (regras do jogo), definindo contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo”.

### **3 Contraditório, imparcialidade do juiz e presunção de inocência no jogo processual penal**

Estabelecido o significado figurativamente agonístico (CALAMANDREI, 2002, p. 193) do processo penal, reescreve-se a função das partes e, conseqüentemente, também do juiz no jogo processual. Isso porque, a partir do momento em que também o processo penal se concebe como um jogo entre partes objetivando cada qual obter em seu proveito a decisão judicial, assumem elas fundamental papel na construção da decisão, como bem ensinam Lúcio Delfino e Fernando F. Rossi (2007, p. 232) ao tratarem do processo constitucionalizado:

Trata-se de encarar o processo como ambiente democrático, considerar que os resultados dele oriundos não decorrem do labor solitário do julgador (solipsismo judicial), sendo também fruto do empenho dos demais sujeitos processuais (partes, por intermédio de seus advogados), que participam da construção do provimento jurisdicional do qual eles próprios serão os destinatários.

Isso não significa de maneira alguma o retrocesso a um processo liberal, de absoluta passividade judicial, numa espécie de *processo das partes*, Impõe, isto sim, a superação do processo inquisitorial exercido solitariamente pelo juiz em prol de um processo penal no qual o ato decisório é construído pelo juiz imparcial a partir – e exclusivamente a partir – do

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, incisiva é a manifestação de Flaviane de Magalhães Barros (2010, p. 357), segundo a qual “[...] compreensão de modelo constitucional de processo, entendido como modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que define o processo como garantia. Mas tal modelo vai além de um modelo uniforme, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias de cada microsistema processual”.

conteúdo argumentativo probatório produzido pelas partes em contraditório, resguardada ainda, como regra de ouro, a presunção de inocência do acusado<sup>9</sup>.

Em relação ao contraditório, na perspectiva do modelo constitucional de processo vislumbrando-se o processo penal como um jogo, o instituto não pode mais ser compreendido apenas como mera necessidade de informação e possibilidade de reação (FERNANDES, 2005, p. 61). Deve ser compreendido – o contraditório – como “um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões” (GRECO, 2013, p. 545), o “espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento” (BARROS, 2010, p. 359), estando o “dizer” e o “contradizer” apenas em seu conteúdo possível (GONÇALVES, 2012, p. 109).

Mais do que a exigência de que o juiz abra a oportunidade de manifestação às partes antes de proferir suas decisões ao longo do processo, o contraditório tal qual agora moldado, inverte a ordem, impondo ao juiz que somente decida após e nos limites do que fora debatido (SILVA, 2014, p. 188), configurando-se como garantia de contribuição crítica e construtiva para formação da decisão ou, em outras palavras, garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo (NUNES, 2012, p. 227).

Deve restar esclarecido – e essa observação se mostra primordial ao objetivo do presente estudo – que o juiz deve participar atentamente (GONÇALVES, 2012, p. 105), interagindo e dialogando (BORGES, 2013, p. 132), inclusive, com as partes e suas argumentações, sob pena dessas manifestações não surtirem eficácia na construção da decisão a ser tomada por aquele. Não obstante isso, ele, o juiz, não participa do contraditório, como bem ensinam Lúcio Delfino e Fernando F. Rossi (2007, p. 239, 241):

No debate processual o juiz não se situa em posição paritária com as partes simplesmente porque não é destinatário dos atos decisórios. Não é contraditor e sim estranho no que tange aos interesses em contenda, não sendo parte interessada naquilo que se discute no processo; é o autor do provimento, não o seu alvo. (...) Num método de trabalho iluminado pelo devido processo, não há, por conseguinte, espaço para o emparelhamento de posições entre juiz e partes (leia-se: “contraditor-decisor” e contraditores-destinatários), pois isso significaria o esvaziamento de direitos fundamentais processuais essenciais à legitimação da atividade jurisdicional, entre eles, o próprio contraditório.

---

<sup>9</sup> Em hipótese alguma se quer com isso dizer que as demais garantias constitucionais do processo sejam de menor dimensão, mesmo porque, o desrespeito a qualquer delas inevitavelmente implicará em desatendimento das demais. Simplesmente, para o fim proposto no presente trabalho, limitado, inclusive, em seu número de páginas, optou-se pela análise mesmo que perfunctoria apenas das garantias do contraditório, imparcialidade do juiz e presunção de inocência, que compõem o eixo necessário à discussão ora travada.

Complementa-se, portanto, nesse ponto, a garantia do contraditório pela garantia igualmente constitucional da imparcialidade do julgador, à qual Aury Lopes Jr. (2005, p. 83), inclusive, chega a chamar de princípio supremo do processo, a qual deve ser concebida como:

[...] a obrigação de não ser “juiz e parte” nem “juiz da própria causa” está traduzida em duas regras: conforme a primeira, o juiz não pode assumir funções de parte; pela segunda, o juiz não pode fazer atos nem manter com as partes relações jurídicas nem conexões de fato que possam mostrar ou expressar posições psíquicas a favor ou contra (VADELL, 2010, p. 506).

É bem verdade que vezes ecoam em posição contrária à que acima apresentamos, entendendo ser perfeitamente compatível com a garantia da imparcialidade a adoção de uma postura mais ativa pelo juiz<sup>10</sup>.

Esse entendimento, entretanto, não se conforma com a concepção de imparcialidade no modelo constitucional de processo e nem com a sua análise na perspectiva de um jogo, restando comprometida a imparcialidade, tanto quando se confere ao juiz poderes investigatórios como de gestão ou iniciativa probatória, por exemplo, o que, inevitavelmente, aproximaria o processo de um modelo de base inquisitorial (LOPES JR., 2012, p. 188).

Nesse sentido, razão assiste tanto a Benedito Pozzer (2001, p. 31), no sentido de ser “[...] vedado ao julgador proceder sem provocação, pois a separação de funções, derivada da regra *nullum iudicium sine accusatione*, constitui uma das maiores garantias de julgamento imparcial”, como a Paulo Rangel (2012, p. 24), quando sustenta que a necessidade do juiz se afastar ao máximo da persecução penal a fim de não comprometer seu convencimento.

Dessa forma, vedando-se ao juiz o papel de jogador e determinando-se exclusivamente o de julgador, se lhe impede a adoção, no caso concreto, de posturas que conseqüentemente o colocariam ladeado a qualquer das partes. Longe disso, deve manter-se efetivamente equidistante em relação a elas (BARROS, 2010, p. 364). Como no jogo, é proibido ao árbitro mover as peças dos jogadores, no processo, igualmente é vedado ao juiz, pelo princípio da imparcialidade, tanto a realização de atos processuais próprios das partes como a condução solitária do processo, transformado-os em meros expectadores ou, quando muito, coadjuvantes da partida.

Além das garantias acima expostas – contraditório e imparcialidade do juiz –, cujas considerações traçadas não são exclusivas do processo penal, há que se lembrar da existência de uma terceira garantia constitucional neste trabalho já mencionada, esta sim pertinente apenas ao processo penal, qual seja a garantia da presunção de inocência.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA (2001, p. 23).



Trata-se a presunção de inocência de tamanha relevância para o processo penal, que Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2012, p. 128) chega a dizer que o Direito Processual Penal “erige-se como estatuto protetor dos inocentes, na medida em que a Constituição assume o princípio da presunção de inocência. É nele que o inocente buscará proteção e os meios para controlar a pretensão acusatória”.

E, dissertando sobre sua aplicação concreta, André Luis Chaves Gaspar de Moraes Faria (2009, p. 111) ensina que:

a presunção de inocência encontra-se calcada em dois pilares: 1) estabelece uma regra de tratamento que impede que o indivíduo seja tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, impondo que qualquer medida coercitiva a ser tomada preliminarmente somente possa ser aplicada quando for de extrema necessidade, estiver embasada em fatos concretos; e desde que amparada legalmente; 2) determina uma regra de cunho probatório que impõe à acusação o ônus de comprovar a ocorrência técnica do crime com todos os seus elementos estruturadores.

Essa garantia – presunção de inocência – opera, então, de duas formas distintas e complementares no processo penal. Em primeiro plano, exige que se dispense ao acusado (e também ao ainda indiciado ou suspeito, no caso da investigação policial) o tratamento de inocente até o trânsito em julgado de uma decisão condenatória. Significa dizer que somente a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória pode o até então acusado ser considerado culpado. E, em segundo plano, impõe ao autor da acusação – ministério público ou querelante – todo o ônus de comprovar o conteúdo da acusação ofertada.

Corroborando esse entendimento, Afrânio Silva Jardim (2005, p. 213) defende que

sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual “alegação” deste, será tão somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa.

Assim, qualquer entendimento em contrário, no sentido de se tentar aplicar no processo penal a distribuição do ônus probatório tal qual no processo civil, imputando à parte que apresentar a alegação o ônus de prová-la<sup>11</sup>, não encontra guarida no processo penal constitucionalizado. Ao contrário, repise-se, em conformidade com o modelo constitucional de processo penal e com a leitura correta da garantia da presunção de inocência, o ônus de

---

<sup>11</sup> Típica dessa linha de entendimento é a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2011b, p. 268) que, desde longa data ainda sustenta que “[...] cabe, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa (...) Se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fir actor* [...]”.

comprovar tanto as teses de acusação como de rebater quaisquer teses acaso apresentadas pela defesa, recai sobre o acusador, trate-se de ação penal pública ou privada<sup>12</sup>.

Em outras palavras, e prosseguindo-se na análise do processo penal como um jogo racional, “[...] o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador” (ROSA, 2013, p. 70).

De fato, nesse sentido é que, de acordo com o modelo constitucional de processo deve ser compreendida a presunção de inocência: como uma muralha a ser derrubada pelo acusador, sob pena de restar derrotado na partida e não uma barreira de menor força facilmente vencível.

#### **4 As decisões de ofício como movimentos indevidos no jogo processo penal**

Apresentadas todas as bases necessárias à compreensão do problema investigado no presente trabalho, neste tópico derradeiro passar-se-á à sua análise específica. E, como lançado tanto no título do ensaio como no deste capítulo, o tema investigado será o da compatibilidade ou não das decisões de ofício previstas no texto do Código de Processo Penal atualmente em vigor.

Compulsando o referido diploma legal, verificou-se a existência de não menos que vinte e quatro atos processuais passíveis de serem praticados de ofício pelo juiz<sup>13</sup>. E, note-se, que o levantamento se limitou ao texto do CPP, esquivando-se dos demais diplomas legislativos processuais penais, como a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e outras tantas.

Lado outro, tendo em vista, de um lado, o antigo pleito de substituição do CPP em vigor por outro inteiramente construído sobre as bases do Estado Democrático de Direito, e, de outro, a existência de (mais) um Projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (o PL n. 8.045/2010, numeração dada ao originário do Senado Federal

---

<sup>12</sup> Nesse sentido manifestam-se Flaviane de Magalhães Barros (2009), Leonardo Augusto Marinho Marques (2006), Paulo Rangel (2012), entre outros.

<sup>13</sup> Os artigos do CPP que tratam desses atos judiciais de ofício são os seguintes: art. 33, art. 61, art. 94, art. 127, art. 133, art. 147, art. 149, art. 155, art. 168, art. 185, art. 196, art. 225, art. 242, art. 282, §§ 2º e 4º, art. 311, art. 373, art. 378, art. 404, art. 497, art. 541, art. 554, art. 574 e art. 654, § 2º.

PLS n. 156/2009 ao ser recebido na Câmara de Deputados), também se buscou levantar quantos atos de ofício poderão ser praticados pelo juiz em caso de conversão do referido projeto em texto legal. Ao final do levantamento, verificou-se a manutenção dos mesmos vinte e quatro atos de ofício já previstos no texto atualmente vigentes, apenas recambiados para outros artigos ou reformados superficialmente em sua fórmula textual<sup>14</sup>.

É bem verdade que alguns desses atos de ofício não possuem efetivamente natureza processual penal, como, por exemplo, os dispostos no art. 133 do CPP (arts. 630 e 634 no PL 8.045/2010), que trata da avaliação e venda de bens sequestrados em hasta pública. A ampla maioria desses atos, contudo, efetivamente consistem em medidas decisórias processuais penais relacionadas à decretação ou reforma de medidas cautelares pessoais, inclusive de caráter privativo de liberdade ou à instrução processual.

E, mais que isso, muitas delas, como, por exemplo, as previstas nos arts. 155, 282, §§ 2º e 4º e 311, contam com redação determinada por leis reformadoras do CPP<sup>15</sup> posteriores à Constituição Federal de 1988 e editadas – ao menos esse foi o discurso estatal oficial – para adequação do Código às garantias e exigências constitucionais.

O fato, então, é que a legislação processual penal brasileira atualmente em vigor ainda contempla a prática de atos decisórios de ofício pelo juiz em matéria processual penal, medida vista por muitos como perfeitamente normal e até salutar ao bom desempenho da atividade judicial<sup>16</sup>.

Esse, contudo, por diversos motivos, não é o melhor entendimento e, menos ainda, o mais condizente com o modelo constitucional de processo penal determinado pela Constituição Federal de 1988.

Não é compatível a possibilidade da prática de atos decisórios pelo juiz de ofício, em primeiro lugar, porque isso equivaleria a “provocar a sua própria jurisdição, formulando a *opinio delicti* que é exclusiva do Ministério Público” (JARDIM, 2005, p. 190). Ou seja, estaríamos diante de uma inegável ofensa à separação constitucional de funções entre os órgãos estatais, já que, nos inúmeros dos artigos de lei mencionados em nota de pé de página linhas acima, os atos decisórios seriam praticados de ofício no interesse do órgão acusatório, que, em regra, é o Ministério Público.

---

<sup>14</sup> Os referidos atos de ofício do juiz previstos no PL n. 8.045/2010 constam dos seguintes artigos: art. 51, art. 76, §2º, art. 95, *caput* e §1º, art. 107, art. 133, §1º, art. 208, art. 274, §2º, art. 279, art. 310, art. 318, art. 399, art. 409, art. 410, §2º, art. 429, art. 452, art. 525, art. 565, art. 568, art. 609, art. 627, art. 630, art. 634 e art. 665.

<sup>15</sup> Nos casos específicos, tratam-se das Leis n. 11.690/2008 e 12.403/2011.

<sup>16</sup> Por todos: TOURINHO FILHO (2011b).

Não bastasse o fato acima mencionado, em segundo plano, a prática de atos decisórios de ofício pelo juiz, isto é, sem ter sido devidamente provocado pelas partes e, além disso, fugindo do conteúdo argumentativo probatório por elas apresentado, fere de morte a garantia do contraditório. Nesse sentido, categórica é Flaviane de Magalhães Barros (2010, p. 360) ao dizer que “a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório”.

Em terceiro lugar, como mencionado, a maioria das decisões passíveis de serem tomadas de ofício pelo juiz previstas no texto do CPP dizem respeito às atividades instrutórias e às medidas cautelares e, nesse ponto, se mostram também incompatíveis com as garantias da imparcialidade do juiz e da presunção de inocência.

No que tange à garantia da imparcialidade, a incompatibilidade é gritante, já que, tratando-se o processo penal, nos moldes constitucionais, de um processo de partes, um jogo entre acusador e acusado, cabe a estes, e não ao julgador, traçar a estratégia de seu jogo e mover as peças no tabuleiro de modo a concretizar tal tática.

Aliás, Francesco Carnelutti (apud LOPES JR., 2005, p. 83) já dizia que *“el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido”*. Ora, nesse contexto, a partir do momento em que o juiz passa a agir não apenas como julgador, mas também como co-jogador, completando os movimentos não praticados pela parte, inevitavelmente torna-se parcial.

Não bastasse isso, como já demonstrado páginas acima, no jogo processual penal vigora ainda a garantia da presunção de inocência, pela qual transporta-se para o jogador acusador todo o ônus probatório e, concomitantemente, se exige do Estado o tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória. Conseqüentemente, não pode o juiz – ao contrário do que estabelecem diversos artigos do CPP, todos já referidos acima – praticar de plano qualquer ato voltado à solução de dúvidas, complementação de provas ou, de qualquer outro modo, instruir o processo porque, inevitavelmente isso resultaria na quebra do ônus probatório que recai sobre a acusação. Enfático nesse ponto é Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 159):

Na estratégia processual a tática das perguntas é dos jogadores, inclusive quando se pretende inserir a dúvida. Daí que não há sentido sequer na alegada produção da prova em favor da defesa, uma vez que o esclarecimento só acontece no caso e, por evidente, a dúvida absolve.

Desta feita, ao contrário do que o texto legal estabelece – e também o projeto de CPP em tramitação no Congresso Nacional – é dever do juiz fomentar o contraditório em todas as

fases processuais conforme as especificidades de cada fase, por consistir necessária premissa para a decisão (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 296). Não basta, porém, fomentar o contraditório, sendo imprescindível que consulte as partes “antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos” (DELFINO, 2007, p. 248).

Isso não significa de forma alguma que o juiz deva adotar, no processo penal, uma postura absolutamente passiva e subalterna às partes. Longe disso – mesmo porque tal caracterizaria um típico liberalismo processual, e não a proposta do modelo constitucional de processo.

Significa, isto sim, em primeiro lugar, que cada um dos sujeitos processuais deve assumir a sua posição no jogo e abster-se de qualquer ato de usurpação da posição dos outros sujeitos – jogadores ou julgador – e, em segundo lugar, que a proposta dialógica de processo deve ser concretizada nos exatos termos das regras dessa modalidade processual.

Por essa razão, a prática de atos decisórios de ofício pelo julgador desvirtuaria o processo penal enquanto jogo processual constitucionalizado, devendo, portanto, ser abandonada tanto no campo legislado como na atuação forense cotidiana, sob pena de pender a balança em favor da acusação e contra o acusado.

Aliás, nesse sentido, permite-se uma única retificação em homenagem ao *fair play* processual: o juiz não pode, sob pena de desvirtuar o jogo processual, decidir qualquer questão de ofício, a exceção daquelas que se mostrem imprescindíveis à preservação das regras do jogo, a dizer, o fomento do contraditório e a preservação da liberdade do acusado presumido ou comprovadamente inocente.

## **Referências bibliográficas**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de Processo Civil**. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O princípio da imparcialidade a partir da compreensão do modelo constitucional de processo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Org.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A Prova no Processo Civil Democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 05, parte I, Padova, p. 03-31, 1950.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, v. 07, n. 23, tradução de Roberto B. Del Claro, Curitiba: Gênesis, p 191-209, jan. 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DELFINO, Lucio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? **Revista Brasileira de Direito Processual**. ano 15, n. 59, Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2007.

FARIA, André Luis Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**. 2009. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4.ed. São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. 01. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória**: imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2011. 177 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. *A mutatio libeli* na reforma processual penal brasileira: uma releitura do instituto à luz do modelo constitucional de processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 8, v. XIII, Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório no Direito Brasileiro. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto, CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Org.). **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 01. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. v. 03. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Teoria Geral do Processo**: panorama mundial. v. 02. Salvador: Juspodivum, 2010.