



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO
COORDENADORIA DE PROGRAMAS ACADÊMICOS

JOÃO VICTOR DE QUEIROZ SOUSA

**DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO E DE SUAS POSSÍVEIS
IMPLICAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO***

FORTALEZA

2013

JOÃO VICTOR DE QUEIROZ SOUSA

DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO E DE SUAS POSSÍVEIS
IMPLICAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Sérgio Bruno Araújo
Rebouças

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

S725d

Sousa, João Victor de Queiroz.

Da iniciativa probatória do magistrado e de suas possíveis implicações sobre o princípio do in
dúbio pro reo / João Victor de Queiroz Sousa. – 2013.

63 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito,
Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno de Araújo Rebouças.

1. Processo penal - Brasil. 2. Juízes - Brasil. 3. Prova (Direito) - Brasil. I. Rebouças, Sérgio Bruno
de Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.9

JOÃO VICTOR DE QUEIROZ SOUSA

DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO E DE SUAS POSSÍVEIS
IMPLICAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Raul Carneiro Nepomuceno

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regoberto Marques de Melo Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Francisco, Nely, Leilane e Fátima – meus pais,
minha irmã e minha tia – pessoas que, no mundo
terreno, servem-me de inspiração a permanecer na
incansável luta pelo aprimoramento pessoal e
profissional.

AGRADECIMENTOS

“O ponto mais alto da moral consiste na gratidão”. Assim, Sêneca, pensador romano, definia uma das virtudes mais elementares da condição do Homem.

Ao longo de cinco anos, pude compreender um pequeno pedaço da milésima fração de o que o Direito significa. Longe de, ao término deste tempo, poder afirmar que conheci a fundo os instrumentos que justificam o abandono do Estado Natural de Thomas Hobbes; posso, certamente, concluir que o verdadeiro aprendizado – seja ou não jurídico – é sempre coletivo.

De fato, o indivíduo a quem se dirige o conhecimento nunca está sozinho. Ao seu redor, e mesmo por trás dele, existem incontáveis outros indivíduos, colaborando e torcendo para seu aperfeiçoamento. Eu, muito felizmente, por não ser exceção, também contei e contarei cá com os meus fundamentais suportes.

Agradeço, pois, em primeiro lugar, a Deus, presente em todos os momentos venturosos – ainda que alguns eu só depois assim os reconhecesse – por ter-me presenteado não apenas com o dom da Vida, mas por me ter dotado de uma perseverança ímpar, quase tola, que me serviu de farol durante as adversidades;

Aos meus Pais, Francisco Alves e Nely, sempre ao meu lado, por terem me ensinado, do modo mais genuíno, o significado do sentimento Amor, e a quem, penhoradamente, devo tudo quanto humildemente construí. A esmerada educação, a diferenciada liberdade que sempre me outorgaram e a rigidez de caráter serão meu eterno norte na busca por um mundo melhor;

À minha irmã, Leilane, meu maior referencial afetivo que, mesmo sem perceber, forneceu-me importante colaboração técnica e emocional ao presente trabalho;

À minha Tia Fátima, mãe de coração, por todo o apoio que me deu, sobretudo quanto às inesquecíveis lições de vida e de moral;

Aos meus irmãos de vida, Ricardo Lins, Willames Yano, Neto Cavalcante, Felipe Teixeira e Breno Figueiredo, cujos laços de amizade tenho a honra de trazer do Casarão do Outeiro, meu amado Colégio Militar de Fortaleza;

Agradeço, ainda, àqueles que, na Faculdade, acompanharam-me em todos os momentos, principalmente em dias de avaliação, Igor Pará, Helano Magalhães, Samuel Gonçalves, Felipe Rodrigues, Leon Mello, Diogo Portela, Cristiano Moita, Jair, Maia, Daline

Paula, Laís Ribeiro e Larissa Medeiros. Sem eles, este quinquênio não teria significado a inigualável oportunidade de amadurecimento pessoal e afetivo;

Em especial, agradeço aos meus estimados Mestres da querida ‘Salamanca’, responsáveis pela minha travessia ao mundo jurídico, sobretudo àqueles que me fizeram crer na possibilidade de um direito virtuoso – ainda que falível, aos quais saúdo nas pessoas dos Professores Carlos César Souza Cintra, Francisco de Araújo Macedo Filho, Hugo de Brito Machado Segundo, Janaína Soares Noletto Castelo Branco, Maria José Fontenelle Barreira, Michel Mascarenhas Silva, Samuel Miranda Arruda, Glauco Barreira, Marcelo Lima Guerra, Sérgio Rebouças, Márcio Pereira, Raimundo Bezerra Falcão e Marcos de Holanda.

Cumpre-me, também, agradecer a todos aqueles que, de um modo ou outro, serviram-me de inspiração profissional, durante a experiência adquirida em estágios a que me engajei.

Traço, pois, distinto agradecimento ao Dr. Leandro Vasques, que, com acertado zelo e penhorada confiança, iniciou-me na vivência prática do Direito, guarnecendo-me do suficiente amparo para enfrentamento da realidade, por vezes árida, mas sempre instigante, da Advocacia Criminal;

Destaco, ainda, meu profundo agradecimento ao Dr. Márcio Torres, Procurador da República, com quem tive a oportunidade de conhecer a instituição mais preciosa do Estado Brasileiro, o Ministério Público, pelas incontáveis lições jurídicas e éticas, sobretudo pela forma sempre honrosa de a todos tratar.

Por fim, registro expressiva gratidão a todos os servidores e funcionários dos Órgãos Públicos e Escritórios de Advocacia em que trabalhei ou estudei, profissionais que, mesmo ocultamente, tornam possível o crescimento intelectual e laboral deste Brasil, aos quais homenageio nas pessoas da Senhora Joana, Senhora Lúcia, Senhora Francisca e do eterno ‘Seu’ Moura.

“Quase sempre ganhei as causas em que tinha como adversários advogados mais espertos que eu; quando não as ganhei, orgulhei-me por não estar no lugar do vencedor”. (PIERO CALAMANDREI)

RESUMO

O Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/1941, em vários de seus dispositivos, autoriza o magistrado a assumir feição ativa no que toca à instrução de uma lide de natureza criminal. De fato, encontram-se não poucas regras que permitem ao julgador proceder, oficiosamente, à reinquirição de testemunhas; à produção de provas reputadas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal; e, finalmente, que chancelam ao juiz a possibilidade de determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A doutrina pátria, ao discutir esses dispositivos, tem assinalado, de modo quase incontestado, a relevância do chamado princípio da verdade real, a justificar uma maior liberdade ao juiz criminal. Ao lado, porém, de tais potencialidades, colocadas infraconstitucionalmente à disposição do magistrado, encontramos, já em âmbito constitucional, postulados que parecem afrontados pelas disposições do Código de Processo Penal, eis que assegurariam ditos postulados, em verdade, uma maior inércia do julgador, reservando-lhe, se não uma posição plenamente inerte, ao menos lhe autorizando, quando muito, a agir oficiosamente para preservar os interesses do acusado, ora tido como principal ator da ação penal. Ainda em aparente oposição à iniciativa instrutória do juiz criminal, tem-se o chamado princípio do *in dubio pro reo*, a destacar que a dúvida sempre há de se resolver em favor do denunciado. O presente trabalho, neste contexto, volta-se a discutir criticamente a atuação oficiosa do magistrado na ação penal, buscando limitá-la às hipóteses de eventual superação de falhas na defesa técnica do acusado, reputando indevida a iniciativa do julgador que venha a suprir potenciais omissões do polo acusatório.

Palavras-chave: Processo Penal. Iniciativa instrutória do magistrado. Princípio da Verdade Real. Princípio do *In dubio pro reo*. Supressão de falhas. Defesa técnica do acusado.

ABSTRACT

The Penal Procedure Code- Decree-Law n° 3.689/1941, in several of its provisions, authorizes the magistrate to assume active position while judging a criminal case. Indeed, not few rules are found that allow the judge to proceed, *ex officio*, new inquisitions of witnesses; the production of new evidences considered urgent and relevant, even before of the beginning of the penal procedure; and, finally, that give to the judge the possibility of determine the performance of diligences to adjudicate doubt about any relevant point. The Brazilians doctrine, when discuss these provisions, has signed, in a mode almost uncontested, the relevance of the so-called material truth principle, to justify a bigger independence to the criminal judge. Nevertheless, together with such potential, infra-constitutionally available to the magistrate, we found, now in a constitutional scope, postulates that seems affronted by the dispositions of the Brazilian Penal Procedure Code, once that such postulates would assure, actually, a bigger inertia of the judge, allowing him, if not a completely inert posture, at least empowering him, at best, to act on its own will to preserve the interests of the accused, main character of the penal action. Also in apparent opposition to the preliminary initiatives of the criminal judge, exists the named in *dubio pro reo* principle, that claims that the doubt always must be resolved in favor of the denounced. The present work, in this context, aims to discuss critically the activity *ex officio* of the judge in the penal action, trying to limit it to the hypotheses of an overcome of eventual failures on the technical defense of the defendant, deeming undue the initiative from the judge that surmount the accusatorial onus of proving the criminal occurrence.

Keywords: Penal Procedure. Evidentiary Initiative from the judge. Material Truth Principle. *In dubio pro reo* Principle. Overcame of failures. Technical defense from the accused.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	15
1.1 A brevíssima distinção entre regras e princípios.....	15
1.2 Conceituação doutrinária	16
1.3 A relevância do valor certeza no processo penal	17
1.4 A problemática relacionada à Verdade Real: origem, feição e utilização inquisitórias 19	
2 A POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ASSUMIR FUNÇÃO ATIVA NO CENÁRIO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	26
2.1 Breve compreensão acerca dos poderes instrutórios do juiz em matéria criminal....	26
2.2 O genérico poder instrutório do juiz criminal – o artigo 156 do Código de Processo Penal 30	
2.2.1 <i>Considerações iniciais</i>	30
2.2.2 <i>A produção de provas reputadas urgentes e relevantes</i>	32
2.2.2.1 <i>A atuação oficiosa do julgador na marcha do inquérito policial</i>	33
2.2.2.2 <i>A urgência e relevância da prova assim obtida</i>	35
2.3 A produção de provas voltada a dirimir dúvida sobre ponto relevante.....	36
2.4 O conceito de dúvida e as consequências de sua superação.....	37
3 O PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i> E SUA POSSÍVEL AFETAÇÃO FRENTE À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JULGADOR PENAL.....	40
3.1 Conceituação doutrinária	40
3.2 A dúvida como inexistência de provas.....	43
3.3 Entendimento jurisprudencial quanto à dúvida benéfica ao réu.....	45
3.4 O ônus probatório a servir de parâmetro à caracterização da dúvida.....	48
3.5 O contexto idôneo à aplicação do princípio do <i>in dubio pro reo</i>	51
3.6 A iniciativa instrutória do magistrado em matéria penal e a sua utilização enquanto complementação da atividade acusatória. O risco de esvaziamento da garantia do <i>in dubio pro reo</i>	52

3.6.1	<i>Atuação ex officio do julgador e potencial complementação da iniciativa probatória reservada ao polo acusatório</i>	53
3.6.2	<i>Atuação oficiosa do julgador criminal e supressão de deficiência na defesa técnica do acusado – resguardo à ampla defesa</i>	56
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O Direito Penal e o Direito Processual Penal, num Estado Democrático de Direito, cuidam de regular o chamado *jus puniendi* – ou direito de punir, reservado, de maneira exclusiva, ao ente estatal.

Por cuidarem, então, de disciplinar e mesmo legitimar a aplicação das sanções mais severas legalmente previstas, ambas as searas jurídicas supramencionadas hão de apresentar uma estrutura principiológica e normativa bastante rígida, a fim de conter situações lacunosas, que poderiam ensejar a indevida imposição de uma sanção punitiva.

Neste contexto, surgem diversas normas-princípio, as quais buscam abrandar a fria objetividade de um ditado normativo, em prol de uma maior *justeza* na reprimenda criminal, buscando sancionar, em tese, da maneira mais eficaz – e menos gravosa possível – o indivíduo que lesou um bem juridicamente relevante.

Dentre estes princípios, deteremos especial atenção ao *in dubio pro reo*, ou seja, à noção de que, em havendo dúvida no curso de uma ação penal, urge ao magistrado optar pela sanção menos agressiva ao acusado ou, quando mais, absolver-lhe da imputação (*ex vi* art. 386, V, Código de Processo Penal).

É que vige na seara penal a ideia de ser preferível absolver um culpado a condenar um inocente, de modo que, se injustiça houver, que o seja para impor um menor ônus ao acusado, jamais se justificando, pelo menos no mundo ideal, a infligência de um gravame quando dúvida pairar sobre sua correta aplicação.

Outra noção também interessante ao presente trabalho encontra previsão nos incisos do art. 156, do Código de Processo Penal, os quais autorizam ao magistrado produzir provas de ofício, ainda que em desfavor do acusado, para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Aqui, diversamente do quanto sustenta a doutrina pátria para a seara cível, admite-se a investigação oficiosa, pelo próprio julgador, dos fatos que se colocam sob sua apreciação, no azo de, supostamente, ser oferecida uma melhor prestação jurisdicional, já que, podendo o magistrado *buscar* a prova, melhor conhecimento ele teria para decidir a lide.

Assim, mostrar-se-ia legítimo deferir tal iniciativa probatória ao juiz, sob pretexto de assegurar maior proteção aos bens ímpares à coletividade.

Apresentadas tais noções, um conflito se mostra evidente: a possibilidade de o magistrado, ao dirimir uma dúvida, furtar ao acusado a legítima pretensão de se ver favorecido pela mesma. É dizer: em algum momento processual, pode ocorrer a hipótese de a produção de prova pelo juiz impedir que *a dúvida beneficie o acusado*.

Um exemplo talvez auxilie no entendimento da questão. Suponha-se que, numa ação penal voltada a investigar um crime de homicídio com arma de fogo, não tenha o Ministério Público, órgão titular da ação penal pública (art. 129, I, Constituição Federal), apresentado o laudo indicador do potencial lesivo de citada arma.

Indaga-se: poderia o julgador, independente de provocação, ordenar a juntada de referido laudo, a fim de dirimir a dúvida sobre a ofensividade do suposto instrumento do delito?

Como se vê, a questão ora em análise, relacionando a iniciativa probatória do julgador e o princípio do *in dubio pro reo*, é eminentemente prática, e se mostra mais cotidiana do que pode parecer.

Com efeito, não são poucos os casos em que, a pretexto de solver dúvidas, insere-se o magistrado na função acusatória, reservada ao *Parquet*, violando comezinhos princípios constitucionais, a exemplo do direito ao contraditório e à ampla defesa.

De outro lado, o presente trabalho não fecha os olhos à possibilidade exatamente oposta àquela colocada no exemplo supramencionado. Em melhor dizer: também se verifica plausível a situação em que o magistrado, de ofício, produz provas, visando suprir uma carência na defesa técnica do acusado.

No ponto, basta imaginar a circunstância de o laudo pericial, citado no exemplo acima, servir à demonstração de absoluta ineficácia da arma de fogo supostamente utilizada. Em tal hipótese, teria o magistrado exercido sua iniciativa probatória em favor do acusado, ideia que se mostra mais afinada à Constituição Federal de 1988.

Em arremate, justifica-se a investigação acerca do tema ora exposto na tentativa de conferir maior concretude ao princípio do *in dubio pro reo*, a fim de, reiterando sua relevância, assegurar-lhe maior aplicação prática.

Sob essa ótica, estrutura-se o presente trabalho do seguinte modo: inicialmente, discutir-se-á o conceito e a origem teórica do Princípio da Verdade Real, visando munir o leitor de parâmetros para indagar se, de fato, citado princípio legitima a atuação oficiosa – e indiscriminada – do julgador na seara penal. Ainda neste primeiro capítulo, serão feitas algumas

observações críticas quanto àquilo que se entende por ‘verdade’, perquirindo da relevância do valor ‘certeza’ no sistema jurídico-criminal brasileiro.

Posteriormente, tecer-se-á breve discussão das hipóteses legais de produção de prova oficiosa pelo magistrado criminal, com esteio, sobretudo, no artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Mais à frente, discute-se a conceituação do Princípio do *in dubio pro reo*, buscando, ainda, analisar o entendimento pretoriano acerca do tema, no intuito de compreender a possível relação entre a iniciativa probatória do julgador e a dúvida passível de beneficiar o acusado.

Por derradeiro, investigam-se as modalidades de atuação oficiosa do juiz em matéria criminal, tentando destacar a sua admissibilidade, somente quando, mesmo potencialmente, representar um resguardo aos interesses do acusado.

Concluindo, ousa o presente trabalho destacar a importância de se conter a atuação *ex officio* do magistrado em seara criminal, não para flertar com a impunidade, mas, antes, para assegurar que a pretensão punitiva, de fato, seja exercida de maneira legítima pelo ente estatal.

1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

1.1 A brevíssima distinção entre regras e princípios

Antes, propriamente, de se discutir o significado do Princípio da Verdade Real, cumpre tecer brevíssima distinção entre regras e princípios, na tentativa de fornecer uma melhor compreensão sobre o tema em apreço.

O legislador, ainda que existisse enquanto ente abstrato, voltado exclusivamente a produzir atos normativos, não teria condições de disciplinar toda a realidade. Sempre restaria um algo a mais, não plenamente subsumível à disciplina legal.

De outro lado, por vezes se faz necessário fugir à frieza das disposições normativas, reservando o legislador ao aplicador da lei a possibilidade de ajustar o conteúdo de uma previsão legal à realidade fática.

É, justamente, em reconhecendo tal circunstância, que se concebe a diferença entre as chamadas normas-regra e normas-princípio, estas últimas que, embora despidas da densidade normativa peculiar às primeiras, constituem espécies de mandados de otimização da ordem jurídica, voltadas a reputar preservável não uma conduta em específico, mas, antes, um valor encerrado por uma série de condutas.

Dissertando sobre o assunto, assim explica Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 55), com esteio na doutrina de Karl Larenz:

É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos*, *mandatos definitivos* nem *ordenações de vigência* diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na *consciência jurídica geral*, o legislador *desde logo* e com exclusividade define os respectivos *suposto* e *disposição*, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva consequência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos [...] esse mesmo legislador se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar a tarefa com aqueles que irão aplicar esses *standards* normativos, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que eles logram atualizar-se e operar como verdadeiros *mandatos de otimização*.

Embora não importe, no presente trabalho, descer a minúcias da diferenciação acima exposta, cumpre destacá-la no ponto em que se afirma a norma-princípio como abrangente de mais de uma conduta, sobretudo quando, mais à frente, for analisado o Princípio do *in dúbio pro*

reo.

Neste primeiro momento, porém, urge discutir o conteúdo do chamado 'princípio da verdade real', delimitando-lhe o alcance; para, posteriormente, averiguar sua possível legitimação à atuação oficiosa do juiz penal.

1.2 Conceituação doutrinária

O Princípio da Verdade Real, de aceitação quase unânime na doutrina pátria, pode ser conceituado como o instrumento justificador de uma maior liberdade de atuação das autoridades estatais, justamente em nome da relevância máxima dos bens tutelados pelo Direito Penal.

É dizer: já que a proteção jurídica outorgada pela seara criminal trata dos institutos ímpares da coletividade, inclusive impondo as sanções mais severas ao seu transgressor, admite-se que, em buscando exercer a pretensão punitiva em desfavor deste, goze o Estado-Juiz de maior margem de atuação para a busca da *verdade*.

Dissertando sobre referido princípio, entende Avena (2009, p. 32):

Significa que, no processo penal, o juiz possui o dever de apurar os fatos com o intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram, de forma a permitir que o *jus puniendi* seja exercido em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal e somente contra essa pessoa.

[...] Isto ocorre porque, na esfera penal, a investigação dos fatos trilha caminho bem diverso daquele seguindo na esfera civil, em que, vigorando o princípio da *verdade formal*, deve contentar-se o juiz com o resultado das manifestações formuladas pelas partes, circunscrevendo-se aos fatos por elas debatidos e às provas que tenham produzido.

Em breve distinção sobre o que seriam as verdades *formal* e *material* no campo processual cível e penal, aduzem Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2010, p. 71):

No processo penal, sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas as autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença.

Ainda salientando a importância da precisa identificação do julgador quanto aos fatos que se lhe colocam sob análise, destaca Marques (1997, p. 69):

Em toda a pretensão fundada em norma penal, há a qualificação, como lide, de um conflito entre o interesse punitivo do Estado-Administração e o direito de liberdade de quem é apontado como infrator da lei penal. [...] Solucionando com exatidão o litígio penal, o juiz aplica, com justiça, o Direito objetivo; e, para isto, imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei.

Há, por certo, um ponto de identificação entre os entendimentos acima expostos. Todos consentem com uma investigação, pelo próprio juiz criminal, da realidade fática por trás das alegações e provas trazidas pelas partes.

Admitir tal investigação parece indiscutivelmente salutar, já que é função precípua do julgador, por óbvio, definir se uma dada alegação ou um específico documento servem a esclarecer a ocorrência de um fato tal como se pretendeu demonstrar. Tolher o magistrado de uma tal possibilidade de investigação se mostra impensável, mormente porque a certeza da cognição do juiz – ou, pelo menos, de seu convencimento, de seu sentimento declarado (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 540-550, *apud* TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 62) – passa necessariamente pela liberdade de *analisar* a prova produzida pela parte.

Neste sentido, até se compreende a distinção, no que toca ao descobrimento da *verdade*, entre as esferas cível e criminal, inclusive porque nesta, estando em análise o *jus libertatis* do réu, exige-se, de fato, um maior rigor na apreciação das provas, no azo de bem demonstrar a necessidade de aplicação da sanção punitiva.

Eis o porquê, então, segundo Oliveira (2010, p. 347), de não bastar à inflicção de uma pena a mera confissão do acusado ou a simples ausência de impugnação dos fatos expostos na denúncia, tal como se verifica com o processo civil (artigos 302 e 350, do Código de Processo Civil). Num caso como noutro, imprescindível se faz a plena comprovação da responsabilidade criminal do denunciado. Tudo em nome do valor ‘certeza’, inerente à própria atividade jurisdicional.

1.3 A relevância do valor certeza no processo penal

Dos entendimentos colacionados no tópico anterior, verifica-se que o chamado Princípio da Verdade Real busca, ao menos em tese, preservar o valor certeza na seara penal, direcionando a pretensão punitiva do Estado ao efetivo agressor do bem jurídico e evitando o

indesejado apenamento daquele cuja participação delituosa não tenha sido exaustivamente demonstrada¹.

Perceba-se, aqui, a diversidade no grau de convicção que norteia uma ou outra consequência jurídica: enquanto à condenação penal somente importa a certeza, ou seja, o esgotamento na comprovação da prática de um delito; à absolvição importam tanto a probabilidade positiva ou negativa de tal prática, bem como a dúvida acerca da mesma.

Esta a conclusão de Zilli (2003, p. 116), logo após bem esclarecer a diferença entre tais graus de convencimento do indivíduo quanto ao conhecimento da realidade:

Nesse sentido, tanto a certeza quanto a probabilidade poderiam ser qualificadas de positivas ou negativas, tendo em vista o estado subjetivo do agente cognoscente diante do fato que está sendo averiguado. Dessa forma, enquanto a certeza e a probabilidade positivas confirmam o fato ou tendem a confirmá-lo, as negativas, por sua vez, se não o confirmam, tendem a rechaçá-lo. Intermediando ambos os polos, situar-se-ia a dúvida como um estado neutro de valoração.

Dessa forma, no processo penal, enquanto a sentença condenatória exige uma certeza positiva quanto aos termos da imputação, a absolutória requer uma certeza negativa, uma probabilidade positiva, uma probabilidade negativa ou simplesmente uma dúvida.

Vê-se, então, que, tamanha a relevância do valor certeza no Processo Penal, que nem mesmo a extremada probabilidade positiva quanto à prática de uma infração autorizaria a condenação de um indivíduo. Em outro sentir: ainda que o magistrado acredite estar bem próximo da identificação do autor de uma prática delituosa, não poderia o julgador condená-lo, pois ausente seu pleno convencimento para tanto.

Em que pese a dificuldade de verificação concreta de tal proceder por parte do magistrado, ressaí indispensável a afirmação de que somente a certeza exaustiva, peremptória, autoriza a prolação de um julgado condenatório.

De outro lado, o excerto acima retratado permite uma releitura sobre o que se deva entender por *dúvida* benéfica ao réu. De fato, não só a dúvida, em sentido estrito, resolve-se em favor do acusado, como, de resto, idêntica consequência há de resultar quando inexistir certeza positiva, tomada no sentido cá exposto.

É, então, justamente maximizando a relevância de tal certeza positiva, que se busca legitimar o maior campo de atuação oficiosa do juiz criminal, embora, por vezes, acabe por ser-lhe reconhecida uma atuação quase sufocadora dos interesses parciais.

¹ Essa a manifestação de Zilli (2003, p. 112), ao dissertar sobre o que denomina Princípio Publicístico.

1.4 A problemática relacionada à Verdade Real: origem, feição e utilização inquisitórias

A problemática relacionada ao Princípio da Verdade Real surge quando se o utiliza para permitir não apenas que o julgador aprecie a *realidade fática* por trás do quanto alegado pelas partes, concedendo-lhe, indevidamente, atuar para além do quanto produzido pelos polos da ação penal.

Em outro dizer: o risco da aclamação incontestada de citado princípio reside na possibilidade de o juiz assumir uma feição ativa – ou mais ativa que o desejado, digamos – na relação processual, cuidando ele próprio de buscar a prova, deslocando o fiel da balança, quase sempre, para o polo acusatório.

De fato, numa análise amostral da doutrina processual penal brasileira, observam-se não poucas passagens em que, a pretexto de conceituar o Princípio da Verdade Real, acaba-se por chancelar ideologicamente esta maior intervenção probatória do juiz na lide criminal, praticamente mesclando nosso modelo *acusatório* com a sistemática *inquisitória* já superada.

Dissertando sobre tal diferença, indicam Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2010, p. 64):

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. [...] No *processo inquisitivo*, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão.

[...]

O *processo acusatório* – que prevaleceu em Roma e em Atenas – é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Daí, verifica-se que uma das diferenças marcantes entre os sistemas acusatório e inquisitivo reside na maior margem de atuação, sobretudo instrutória, do indivíduo chamado a solucionar a lide. Isto é, enquanto o modelo acusatório prevê a relação processual tripartite – julgador, acusação e defesa –; o modelo inquisitivo traria uma relação dual – julgador, também incumbido de função acusatória, e defesa.

Não é objetivo deste trabalho, saliente-se, privar o juiz de *investigar* a prova, nem

mesmo de o impedir, na formação de seu convencimento, de adotar postura ativa oficiosa.

Busca-se, isto sim, despertar especial atenção quanto ao uso indevido do Princípio da Verdade Real, o qual serve por vezes como uma ‘carta branca’ para o magistrado suprir a função acusatória reservada ao polo ativo da ação penal.

Não assim, em que pese a autoridade de seu entender, eis a passagem colhida em Mirabete (1998, p. 44):

Com ele [princípio da verdade real] se excluem os limites artificiais da forma ou da iniciativa das partes. [...] Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Ora, o entendimento *supra* é taxativo ao consentir que, de ofício, produza o juiz criminal prova, a fim de perseguir a *verdade* dos fatos que motivaram o exercício do direito de ação penal.

Ainda afinado com dito entendimento, elevando ao máximo grau a imprescindibilidade de o julgador bem conhecer os fatos sob sua análise, assim lecionam Távora e Alencar (2013, p. 60):

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça.

Quer dizer: o Princípio da Verdade Real, segundo os autores últimos, serviria para que o magistrado, em nome de um conceito de justiça deveras impreciso, superasse, inclusive, a desídia das partes da relação processual-penal, no que diz com a reconstituição dos fatos constantes da denúncia. Aqui, talvez coubesse falar do juiz ‘justiceiro’, ideia que se ousa dizer nem um pouco atrativa, mesmo do ponto de vista teórico.

De fato, os ensinamentos ora colacionados parecem traduzir a noção de que, uma vez instaurada a ação penal por iniciativa do polo acusatório, abre-se ao julgador o pleno poder-dever de investigação da realidade, ainda que insuficiente seja a atuação do *Parquet*, quando se tratar de ação penal de iniciativa pública, por exemplo.

Ousa-se discordar destes posicionamentos.

Primeiramente, porque falar em modelo acusatório de processo não significa adotar,

em termos meramente formais, uma separação das funções acusatória e de julgamento no curso da ação penal. Significa, sim, diferenciar substancialmente tais funções: à primeira incumbe reunir elementos de convicção, formular e ratificar sua pretensão punitiva em juízo; a segunda, por sua vez, está imbuída do dever de legitimar a aplicação ou não da sanção, só parcamente assumindo feição ativa.

Em efeito, não há como dizer acusatório um processo penal em que o polo incumbido de julgar possa, uma vez iniciada a ação, instruí-la quase indiscriminadamente, mesmo para superar a deficiência das demais partes processuais, sempre em nome da busca da *verdade*.

A bem pensar, essa perseguição desenfreada da *verdade*, empreendida pelo magistrado, relembra de modo bastante deletério o sistema inquisitório, praticamente reafirmando a imagem do juiz que, a todo custo, busca concretizar exclusivamente seu ideal de justiça.

Não à toa, aliás, esclarece Polansky (1929, p. 376, *apud* MARQUES, 1997, p. 70), que “‘o processo inquisitório foi historicamente o gerador do princípio de verdade material’, pois a ‘teoria formal da prova que limitou o poder discricionário do juiz’, no referido processo, ‘não lhe é inerente e foi historicamente estabelecida para servir de contrapeso a esse poder’”.

Verifica-se, então, não ser exagerado traçar um paralelo entre o Princípio da Verdade Real e o modelo inquisitório de processo, sobretudo por ter sido aquele um dos pilares de sustentação deste.

Mais delicado, ainda, é observar que citado princípio – supostamente autorizador da iniciativa probatória oficiosa do julgador – encontra previsão expressa no Código de Processo Penal (art. 156), cuja natureza autoritária é sempre importante destacar. Segundo Zilli (2003, p. 173):

O Código de Processo Penal de 1941 surge, pois, em meio a este contexto, marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários. Como produto jurídico do Estado Novo, objetivou conferir ‘maior eficiência e energia [à] ação repressiva do Estado contra os que delinquem’, justamente porque as leis até então vigentes asseguravam ‘aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna[va], necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um estímulo à expansão da criminalidade’.

De maneira mais taxativa, assevera Oliveira (2010, p. 346):

O nosso atual modelo, cujo perfil se consolidou somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial.

Não era este, porém, o perfil traçado pelo Código de Processo Penal de 1941, em que se permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz, além de se reservar a este amplos poderes probatórios, inclusive como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, [...].

Frente às considerações acima expostas, a feição inquisitória do princípio cá em debate, acolhido na redação originária do artigo 156 supramencionado, parece inegável. Não assim, a supervalorização daquilo que se entende por *verdade*, a ser buscada pelo próprio juiz, mostra-se idônea a promover uma mescla entre as noções de acusação e de julgamento.

É que, segundo Polansky (1929, p. 373, *apud* MARQUES, 1997, p. 70), seriam “psicologicamente incompatíveis ‘a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal’”.

Ora, se o que se coloca ao julgador é o encargo de, sem apelos subjetivos, decidir quanto à existência ou não de elementos caracterizadores do delito; mostra-se arriscado poder esse mesmo julgador, ainda que em nome da *ultima ratio* (BITENCOURT, 2011, p. 43), investigar a realidade fática de modo oficioso.

E isso, tanto pela incompatibilidade *psicológica* acima exposta; como, sobretudo, pela noção de que, inevitavelmente, sempre intenta o ser humano legitimar a própria atuação. Em melhor dizer: o juiz que, eventualmente, buscar a prova procurará a todo custo demonstrar a justeza de seu proceder, comprometendo, assim, sua imparcialidade.

No ponto, recorde-se, novamente, Marques (*op. cit.*, p. 70), que, lembrando ensinamento de Pimenta Bueno, estatui não dever o juiz “‘ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte’, porque, do contrário, criará em seu espírito ‘as primeiras suspeitas’, e, por ‘amor próprio de sua previdência’, ele ‘julgará antes de ser tempo de julgar’”.

Descrevendo, então, o contexto em que se deu a aplicação do Princípio da Verdade Real no Código de Processo Penal de 1941, urge destacar a crítica de Oliveira (2010, p. 346), de logo pedindo vênia pela integralidade da transcrição:

O chamado princípio da *verdade real* rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. [...]

Não iremos muito longe. A busca da *verdade real*, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas *probatórias* as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como

meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletiva* e *substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação).

Percebe-se, então, que não apenas a origem e a natureza de referido princípio se ligam ao modelo inquisitório, como mesmo a utilização da expressão Verdade Real já prestou deferência a dito modelo processual.

De fato, ao se erigir como principal finalidade do processo penal a investigação estrita da *verdade*, resta-se por dar suporte ideológico, mesmo que indiretamente, a uma maior interferência do magistrado na esfera individual do acusado, por vezes sacrificando comezinhas prerrogativas cidadãs, como a ampla defesa e a presunção de inocência. Fere-se de morte, ainda, a paridade de armas no processo.

Poder-se-ia, então, objetar que, ao se falar em busca da *verdade real*, trata-se de uma *verdade* imparcial e que, portanto, cuidaria de igualmente prejudicar ou beneficiar o acusado, consoante a situação concreta.

É dizer: reservar ao magistrado a prerrogativa de *ex officio* investigar a *verdade* de maneira plena seria medida útil tanto à condenação quanto à absolvição, a depender do grau de convencimento do julgador num ou noutro sentido.

Em termos teóricos, tal posicionamento até se mostra interessante, vez que, pelo menos em tese, quão maior a identidade entre a realidade fática e a sua reprodução nos autos, maior será a qualidade da prestação jurisdicional.

Em termos práticos, todavia, assegurar tamanho poder de investigação ao juiz figura questionável, sobretudo quando a realidade pretoriana mostra que, não raro, basta um simples juízo de probabilidade positiva para se proferir uma condenação.

Mas a delicada questão da busca da *verdade* pelo julgador comporta, ainda, outras breves digressões.

A plena reconstrução dos fatos que ensejaram o exercício da pretensão punitiva do Estado pode representar uma medida impossível de ser concretizada, sendo preferível compreender que “a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido” (Távora e Alencar, 2013, p. 61).

Eis, aliás, a razão de parcela da doutrina nacional (KHALED JR., Salah H, 2009, p. 33, *apud* TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 61; OLIVEIRA, 2010, p. 346; ZILLI, 2003, p. 114) hoje abordar não mais uma *verdade real*, mas uma *verdade processual*, assim entendida aquela que é demonstrada no curso do processo, em deferência às garantias individuais e, finalmente, sem abrir espaço, necessariamente, a uma busca elucubrada da realidade fática.

Segundo conclui Zilli (2003, p. 114):

Portanto, sem jamais se olvidar do esforço que deve permear todo o processo penal de ‘reconstrução retrospectiva de um evento real, [...]’, deve-se ter a consciência de que o que se descobre é ‘uma verdade obtida por vias formalizadas’, ou seja, uma verdade processual. E este relativismo inerente à chamada verdade processual não impede, repita-se, que se estabeleça, como meta, a descoberta da verdade.

Harmonizando, por sua vez, as expressões verdade material e verdade processual, informam Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 132):

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

Ademais, há de se entender que os fatos objetos da ação penal dizem sempre respeito a uma realidade já transcorrida, existente tão só no imaginário (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 540-550, *apud* TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 61) de quem os busca reproduzir. Daí, mais uma vez, o equívoco de se perseguir ferrenhamente uma *verdade real*.

No ponto, novamente esclarece Oliveira (2010, p. 347):

[...]. Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do *já ocorrido*, da realidade *histórica*, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa.

Vê-se, por ora, que a realidade passível de ser buscada pelo juiz é aquela relativizada, cuja demonstração nos autos atende aos imperativos da ordem jurídica, sem ignorar, por óbvio, a intenção de ao menos se aproximar da *verdade possível* dos fatos.

Com efeito, não existisse sequer tal intenção, e descaberia falar numa jurisdição que busca a *pacificação com justiça* (GRINOVER, DINAMARCO e ARAÚJO CINTRA, 2010, p. 31;

ZILLI, 2003, p. 115).

Arrematando, pois, deve-se por ter indiscutível a relevância do Princípio da Verdade Real, no que toca à distinção entre as searas cível e criminal, abrangentes de pretensões absolutamente diferenciadas, quanto aos meios e quanto aos fins correspondentes.

De se destacar, porém, a imprescindibilidade de uma visão crítica de citado princípio, não apenas para rigorismo acadêmico, mas, sobretudo, para a compreensão da intangibilidade de uma verdade plena no curso do processo penal.

Assim, embora se admita uma ampliada margem de atuação ao juiz criminal, pela relevância dos bens tutelados – entre os quais há de se enxergar também a liberdade do acusado; impende afirmar não ser ilimitada tal margem, bem como zelar para não dogmatizar a noção de *verdade*, autorizando sua busca desenfreada.

Afinal, se o que se almeja é um processo penal justo e isonômico, reprimindo aquele indivíduo merecedor da sanção criminal, imprescindível se faz munir o magistrado de bastantes controlados poderes *instrutórios*, em nome da verdade processual, zelando, perenemente, para que tais poderes não se convertam em *acusatórios*.

Daí, então, reputar-se admissível que o juiz detenha alguma iniciativa processual, desde que esta se circunscreva à regulação/ investigação das atividades das partes, sendo delicado admiti-la enquanto atuação *supletiva*, sobretudo do polo acusatório na ação penal.

Mais à frente, esclarecer-se-á tal posicionamento. Cabe, por ora, transcrever afirmação de Zilli (2003, p. 117), quando aduz:

É importante notar que este “poder” de apuramento fático não será exercido de maneira preponderante e sufocadora de qualquer atuação das partes processuais. Se assim o fosse, representaria verdadeira atividade quando, na realidade, está inserido no poder jurisdicional como elemento que lhe é inerente. [...] Este apuramento fático é, portanto, concretizado por intermédio de iniciativas que, longe de exprimirem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica.

Enfatizada a utilização parcimoniosa da iniciativa instrutória pelo julgador, vejamos, mais detidamente, as hipóteses legais que o autorizam a assim agir.

2 A POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ASSUMIR FUNÇÃO ATIVA NO CENÁRIO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

2.1 Breve compreensão acerca dos poderes instrutórios do juiz em matéria criminal

De tudo quanto exposto em tópico anterior, vê-se que a polêmica da admissibilidade de o magistrado criminal assumir função instrutória gravita, de modo geral, em torno de duas balizas: de um lado, a preservação da *verdade* – tomada, aqui, num sentido de *certeza subjetiva* (ZILLI, 2003, p. 115); de outro, a preservação do sistema acusatório, prestando sempre deferência à ampla defesa.

Para além desta discussão, a ser retomada em tópico posterior; cumpre analisar as permissões legais a que o juiz criminal atue de modo oficioso na instrução do feito, a fim de, cotejando-as com o entendimento acerca do Princípio do *in dúbio pro reo*, estar-se em condições de indagar da legitimidade de tal proceder.

Pois bem. Como já se adiantou, o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP, Decreto-lei nº 3.689/1941) expressamente reconhece ao juiz poderes de instrução, tanto com relação aos meios de prova, como no tocante a munir o julgador de meios para busca dessa prova².

Dissertando especificamente sobre os atos instrutórios praticáveis pelo julgador, define-os Avena (2009, p. 73): “são aqueles praticados com a finalidade de angariar elementos de convicção capaz de permitir ao juiz a aplicação adequada do direito material e, dessa forma, compor a lide. Podem ser praticados a partir de requerimento das partes ou *ex officio* pelo juiz”.

Vejamos, então, alguns desses atos, positivados, sobretudo, nos artigos 196, 209 e 234 (todos com redação atual), do Código de Processo Penal.

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

[...]

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

² Na arguta observação de Zilli (*op. cit.*, p. 182), com relação, por exemplo, à determinação para a juntada de um documento (meio de prova) e à determinação de uma diligência de busca e apreensão (meio para busca de prova).

[...]

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Dúvidas não há que tais regras intentam ampliar a margem de atuação judicial no seio da ação penal, sobretudo o último dispositivo colacionado.

De fato, o art. 196, CPP traz a previsão de o juiz, a qualquer tempo, renovar o interrogatório do réu, hipótese que, embora de pouquíssimo uso, parece ter função duplamente benéfica aos interesses da defesa, pelo menos em tese.

É que, se, de um lado, hoje o interrogatório é tido como meio de prova e de defesa do denunciado (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 781); de outro, a condução coercitiva deste para a realização de mencionado ato processual tem sofrido pechas de inconstitucionalidade, sobretudo por ser direito do acusado silenciar quanto aos termos da denúncia. Afinal, é cediça a lição de que ninguém será coagido a produzir prova contra si mesmo (Princípio do *Nemo tenetur se detegere*).

No tocante ao direito de calar no interrogatório, assevera Zilli (2003, p. 187):

De qualquer modo, é sobretudo no interrogatório que se deve pôr [*sic*] fim, de uma vez por todas, ao vezo inquisitório que permitia ao juiz, em outros tempos, impor ao interrogado temor e medo, de modo a arrancar-lhe contradições e confissões. [...] Impõe-se, nesse sentido, o respeito ao direito ao silêncio de forma efetiva e sem que dele decorram qualquer conclusão e convicção desfavoráveis ao réu.

Daí, embora possa o magistrado ordenar de ofício a reinquirição do acusado; tal possibilidade hoje se encontra praticamente esvaziada, vez que não há sentido em seja o réu constrangido a comparecer ao ato de interrogatório³, quando não estará obrigado a se manifestar.

A bem da verdade, ousa-se afirmar que uma tal disposição normativa, como a do art. 196, somente se justificava sob a égide *autoritária* da redação original do Código de Processo Penal, quando, aí sim, o silêncio do acusado lhe poderia ser interpretado de modo desfavorável (revogado art. 186).

Tem-se, ainda, a previsão do art. 209, supracolacionado, a autorizar a oitiva oficiosa, pelo julgador, das chamadas *testemunhas referidas*, quais sejam, aquelas indicadas nos depoimentos das testemunhas regularmente trazidas pelas partes.

³ Tal entendimento não é assente na doutrina brasileira, consoante informam Távora e Alencar (*op. cit.*, p. 781).

Tal regra em nada contrasta o positivado no art. 418, I, do Código de Processo Civil – CPC, Lei nº 5.869/1973, cujo teor indica poder o juiz ordenar “de ofício ou a requerimento da parte: [...] I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas”.

Afirma-se, pois, que, se mesmo no âmbito cível-patrimonial, admite-se a inquirição de terceiros, não inicialmente arrolados pelas partes; com muito mais razão se o há de admitir na seara penal-corporal, em que o interesse público figura mais pujante.

No ponto, cuidando de uma suposta aproximação probatória entre os processos civil e penal, asseveram Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra (2010, p. 71) que

[...] enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, VI), sem falar na Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9099, de 26.9.95).

Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. [...]

Em sentido integralmente oposto, por sua vez, criticando duramente a iniciativa probatória do magistrado, inclusive aludindo à previsão do citado art. 209, veja-se manifestação de Prado (2006, p. 140):

[...] o artigo 156 o Código de Processo Penal brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, na linha do art. 209 do mesmo código, é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com o apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas.

Finalmente, ao lado dos dispositivos acima sucintamente analisados, encontra-se o art. 234, CPP, permitindo a juntada, por ordem do juiz, de documento relevante a quaisquer das partes.

Ora não se discutirá acerca da qualidade do documento cuja juntada possa o juiz determinar, em se tratando, por exemplo, de correspondências trocadas pelo acusado com terceiros. Cá importa indagar da oficiosidade de tal juntada.

Admitindo-a, da maneira como prevista em lei, aduz Espínola Filho (1945, p. 124, *apud* ZILLI, 2003, p. 195), que o esclarecimento da causa

[...] não poderia, evidentemente, ser alcançado de modo integral, se se deixasse à exclusiva iniciativa da parte interessada a juntada de documentos, que sirvam ao seu ponto de vista, com o que, segundo a diligência, o discortino [*sic*], a clarividência dos patronos, as posses e a cultura das próprias partes, a orientação da causa poderia tomar uma direção unilateral, com o maior prejuízo da verdadeira justiça.

Em que pese a autoridade do entendimento retratado, reputam-se convenientes duas observações.

De pronto, não parece depender esse esclarecimento da causa, necessariamente, do poder instrutório do magistrado de ordenar a juntada de documento, ainda que favorável ao interesse parcial. A uma, porque a parte, deliberadamente, pode tencionar a demonstração efetiva da *verdade*, no que tal poder, colocado ao juiz, afigurar-se-ia irrelevante.

De fato, não parece irrecusável a ideia de inclusive o denunciado agir de modo leal, exibindo a integral documentação probatória de seu escorreito proceder.

Ademais, ainda neste ponto, revela-se legítima a pretensão da parte de não exibir documentação mesmo se lhe for favorável, eis que poderia implicar a adoção de tese defensiva diversa. Seria preferível ao acusado, por exemplo, a procedência da negativa de autoria, em detrimento de possível excludente de ilicitude, até por força dos reflexos patrimoniais daí advindos.

Não bastasse, encontra-se nova referência a uma *verdadeira justiça*, conceito deveras pantanoso, sendo temerário nele incursionar sem uma mínima demarcação normativa.

Mais cauteloso, porém, ao discutir o citado art. 234, CPP, embora o harmonizando com o art. 156, *idem* – cuja redação foi alterada em 2008, ressei o entendimento de Oliveira (2010, p. 448), para quem,

Ainda no campo do livre convencimento do juiz, permite-se a ele a requisição, de ofício e na fase de instrução, de documento cuja existência tenha chegado ao seu conhecimento, quando necessário para resolver dúvida sobre ponto relevante do material probatório (art. 156, II, CPP). Repita-se, porém, a inconstitucionalidade do quanto disposto no art. 156, I, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008.

Passa-se, pois, a analisar o mencionado art. 156, CPP, dispositivo que, mais genericamente, assegura ao magistrado criminal iniciativa probatória.

2.2 O genérico poder instrutório do juiz criminal – o artigo 156 do Código de Processo Penal

2.2.1 Considerações iniciais

De todos os dispositivos do CPP, certamente é o retromencionado art. 156 aquele que, de modo mais amplo, reserva o poder-dever de instrução ao magistrado criminal.

Assim, enquanto outras regras, do mesmo Diploma, cuidam de especificar qual elemento de convicção o julgador pode buscar de ofício (a exemplo de documentos, art. 234, CPP; ou de testemunhas, art. 209, *idem*); o dispositivo a ser analisado no presente tópico trata da efetiva produção de prova, sem qualquer restrição de modalidade.

Numa análise inicial do art. 156, CPP, destaca Zilli (2003, p. 180):

No exame da legislação processual vigente, o art. 156 sobressai como o dispositivo normativo que fundamenta, em caráter geral, toda e qualquer iniciativa instrutória do julgador. Assim, muito embora recaia o ônus probatório ao sujeito processual parcial responsável pela alegação que se pretende ver provada [...], abriu o legislador processual espaço para que o juiz buscasse, durante a instrução, ou mesmo antes de proferir a sentença, maiores esclarecimentos por ele considerados necessários, senão indispensáveis, para dirimir dúvida emergente sobre ponto relevante.

Eis o teor do dispositivo supradestacado, com a redação alterada pela Lei nº 11.690/2008:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Os dois incisos, claro está, regulam hipóteses de atuação oficiosa do juiz em momentos diferentes: o primeiro deles, ainda antes do início da ação penal, submetendo as provas aí produzidas ao chamado contraditório diferido (ou postergado); e o segundo, por sua vez, prevendo, já no desenrolar do processo, a realização de diligência voltada a contornar situação de perplexidade enfrentada pelo julgador.

Ambos os dispositivos, embora abrangentes, trazem algumas condicionantes à instrução do feito por parte do magistrado, o que se mostra de todo interessante.

Com efeito, retomando a lição exposta ao capítulo anterior, afigura-se saudável conter a investigação empreendida *ex officio* pelo indivíduo chamado a decidir a lide, no intuito de evitar uma indevida supressão das atividades das partes, estas, sim, primordialmente interessadas em comprovar suas alegações.

Do contrário, isto é, consentindo com a incursão probatória indiscriminada do julgador, abre-se espaço, conforme já se salientou, a agressões ao sistema processual acusatório, através da possível identificação entre o polo julgador e um dos outros polos da relação processual-penal.

No ponto, todavia, uma digressão parece necessária.

Embora indesejada, por óbvio, a instrução indiscriminada do feito pelo magistrado; é de se considerar menos gravoso tal proceder quando voltado a colher elementos de convicção demonstradores da inocência do acusado. E isso por mais de uma razão.

De pronto, porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, acolheu o princípio da ampla defesa, o que torna compreensível uma atuação oficiosa do julgador que, sem comprometer sua imparcialidade, busque averiguar a inocência do acusado (na hipótese de a defesa técnica deste quedar deficiente⁴, por exemplo).

Ademais, em considerando a força democrática da Carta Magna, reitera-se a noção de ser preferível “absolver um culpado a condenar um inocente”, e isto mesmo em nome do princípio da não presunção de culpabilidade. Não à toa, aliás, tem-se admitido a violação do sistema processual brasileiro quando, por exemplo, o aproveitamento da prova ilegal puder importar à absolvição do acusado, frente a uma potencial causa excludente de ilicitude⁵.

O posicionamento acima será mais bem desenvolvido em tópico posterior.

De todo modo, e em atenção ao princípio da paridade, tem salientado a doutrina majoritária a equidistância entre as três partes na relação processual-penal, só compreendendo de maneira esporádica a iniciativa probatória do julgador.

Essa a compreensão de Távora e Alencar (2013, pp. 407 e 408), segundo quem:

⁴ Conjurando-se, inclusive, eventual declaração de nulidade do feito, consoante o teor da Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

⁵ Cf., como exemplo, OLIVEIRA (2010, p. 383), quando afirma: “Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação”.

Não se deve descurar, entretanto, que a busca da verdade [...] não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito.

[...]

Não é necessário nem recomendado ao juiz, em prol do réu, atuar como verdadeiro defensor, tomando a frente da iniciativa probatória. [...] Nesta linha, a atividade do juiz na determinação da prova continua sendo complementar.

Em idêntico sentido, destaca Noronha (1992, p. 91), embora antes da modificação introduzida no ano de 2008, para quem:

[...] deve ser comedida a atuação do magistrado, colocando-se equidistante das partes, e não empenhando-se ao lado de uma contra a outra, seja desenvolvendo atuação policial, seja de advogado de defesa. A lei lhe faculta determinar diligência, é certo que mesmo sem provocação das partes, mas sempre que isso for necessário para elucidação de pontos capitais; sem o que não poderá formar a sua convicção. Prudência e senso de oportunidade devem ser seus guias.

E, ainda, informa Zilli (2003, p. 181), que

Não se trata, porém, de uma aventura irresponsável e sufocadora da atuação dos sujeitos parciais. Em um processo penal democrático, [...] cabe aos sujeitos processuais parciais, originariamente, porém não exclusivamente, a condução do caminhar pela trilha instrutória. [...] É a confiança gerada e fundada em sua imparcialidade que imprime respeito e segurança nas correções de rota por ele efetuadas. É nesses precisos termos que a iniciativa instrutória do juiz, longe de ser antecipada ou prematura, deve ser suplementar ou complementar.

Enfatizada, pois, a parcimônia do julgador na utilização de seu poder de instrução do feito, analisa-se cada um dos incisos do mencionado art. 156, CPP.

2.2.2 *A produção de provas reputadas urgentes e relevantes*

Positiva o art. 156, I, CPP, já colacionado:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Dissecando tal regra, informa o diploma processual, ainda no curso do inquérito policial, ser facultado ao julgador ordenar a produção de provas reputadas urgentes e relevantes, desde que necessária, adequada e proporcional se revele a medida.

Vejam, separadamente, cada núcleo do dispositivo.

2.2.2.1 A atuação oficiosa do julgador na marcha do inquérito policial

O inquérito, consoante Tourinho Filho (2003, p. 192), é um “conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

Em verdade, o inquérito policial serve como um procedimento administrativo (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p. 98), anterior à ação penal, e voltado a averiguar elementos de convicção acerca da autoria e da materialidade de um delito.

Segundo o próprio CPP, art. 4º, a condução de tal procedimento será chefiada pelas autoridades policiais, às quais incumbe a função de *polícia judiciária* (art. 144, §4º, CF).

Vê-se, então, que o principal responsável pelas diligências a serem empreendidas no curso do inquérito é o Delegado de Polícia (art. 6º, CPP), somente se transferindo tal responsabilidade ao julgador quando do oferecimento da denúncia ou queixa-crime e concomitante início da ação penal.

Daí, portanto, deve-se ter por excepcional a intervenção oficiosa do juiz na fase investigativa, sob risco de comprometimento da *opinio delicti* da autoridade de polícia. Não à toa, aliás, medidas como a prisão preventiva e a busca e apreensão, ordenáveis *ex officio* pelo julgador no curso da ação penal (arts. 241 e 311, CPP); somente poderão ser por ele decretadas, no curso do inquérito, mediante representação⁶ do Delegado de Polícia ou do Ministério Público.

Dissertando a respeito, destaca Oliveira (2010, p. 349):

[...] nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Basta lembrar, ainda, que o juiz sequer levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos indicários colhidos na fase de investigação, [...], por força da Lei nº 11.690/08, art. 155, CPP, à exceção das provas irrepetíveis (periciais).

Inobstante, por despojado de contraditório (AVENA, 2009, p. 102), o inquérito policial apresenta marcante traço inquisitivo, sendo arriscado admitir que, em seu curso, o julgador da ação penal já queira exercer atividade instrutória, sobretudo porque, neste momento, não poderá o investigado fazer valer seu direito de defesa.

⁶ Cf., em sentido diametralmente oposto, Zilli (2003, p. 200).

Novamente, colhe-se em Oliveira (2010, p. 465) que:

Da fase de investigação, devem cuidar a autoridade policial, que, precipuamente, por ela é responsável, e, também, o Ministério Público [...]. Não cabe ao magistrado a aferição e/ou o controle de idoneidade do material investigativo. E isso por uma razão muito simples: não cabe a ele julgá-lo, por ocasião do exercício da jurisdição; o julgamento tem em mira o material produzido essencialmente [...] na fase instrutória, realizada em contraditório, com a ampla participação e atuação da defesa.

Segue, então, o doutrinador mineiro, a reputar inconstitucional a previsão do inciso I, do art. 156, CPP, ora em apreço, vez que imbui o magistrado criminal de função inegavelmente acusatória no curso do inquérito, afetando o equilíbrio da relação processual-penal que se irá estabelecer:

O problema não parece ser o da gestão da prova, mas, sim, o fato de se atribuir a iniciativa probatória ao juiz, conforme vem disposto no art. 156, do CPP, agora modificado, e para pior, pela Lei nº 11.690/08, que comete nova inconstitucionalidade ao deferir ao magistrado a possibilidade de determinação, de ofício, de prova na fase de investigação.

Em seu sentir, deverá o Supremo Tribunal Federal cassar a higidez do dispositivo *supra*, do mesmo modo como se verificou⁷ com relação ao art. 3º da Lei nº 9.034/95 – Lei das Organizações Criminosas, hoje inteiramente revogada pela novel Lei nº 12.850/2013.

Cumpre, todavia, ter em mente que, buscando rechaçar tal inconstitucionalidade, têm os Pretórios Nacionais firmado a existência de um chamado *contraditório diferido*, quando da produção de provas urgentes na fase investigativa.

Veja-se, com efeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça, embora não específico com relação ao dispositivo sob análise:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS [...]. LAUDO DE CONSTATAÇÃO E LAUDO DEFINITIVO ELABORADOS EM SEDE POLICIAL. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. LEGALIDADE. [...]. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É válida a perícia realizada em sede extrajudicial, uma vez que, por se tratar de prova cuja natureza é cautelar, o contraditório é postergado para a fase judicial.
2. O indeferimento fundamentado de pedido de nova perícia ou de contraperícia não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias.
3. Na hipótese, o magistrado de origem indeferiu o pleito de novo exame pericial ou contraprova, mas remeteu os questionamentos levantados pela defesa aos peritos que emitiram o laudo.
4. Ordem denegada.

⁷ Cf., a respeito, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 12/04/2004).

(HC 113.976/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgamento em 17/06/2010)

Assim, embora colhidas no curso do inquérito policial, têm-se admitido as provas autorizadas pelo inciso I, art. 156, CPP, submetidas que estariam a um contraditório exercível pelo acusado em momento posterior, quando do efetivo início da ação penal.

2.2.2.2 A urgência e relevância da prova assim obtida

A par da excepcionalidade com que o juiz pode ordenar a produção de provas no curso do inquérito, exige o art. 156, I, CPP sejam ditas provas consideradas *urgentes e relevantes*.

No tocante à urgência, parece ter buscado o Diploma Processual admitir a prova cautelar (art. 155, CPP), assim se compreendendo aquela que não pode ser repetida no curso da ação penal, seja pelo risco de seu perecimento, seja pela possibilidade de, após certo lapso temporal, o meio veiculador do elemento probatório não mais existir.

Como exemplo, diz-se irrepitível a prova referente a uma lesão corporal leve (art. 129, Código Penal), cujos vestígios tendem a desaparecer com o tempo. Na hipótese, não havendo como reiterar em juízo laudo de perícia elaborado na fase policial, seria ilógico inadmiti-lo como prova constatadora de hematomas decorrentes da infração.

Já com relação à inexistência, por decurso temporal, do meio veiculador da prova, cita-se a possibilidade de o julgador, *ex officio*, determinar a oitiva antecipada de testemunha cujo estado de saúde “inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista” (art. 225, CPP).

Por relevante há de se ter o meio probatório (*lato sensu*) que guarde relação de afinidade com o crime investigado em inquérito policial. Com efeito, seria injustificável a produção antecipada, pelo juiz, de prova completamente alheia aos propósitos buscados pela autoridade policial.

É que, em sendo função de tal procedimento administrativo levar ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante, arts. 24 e 30, CPP) elementos para instruí-la, não se compreenderia uma atuação judicial (e oficiosa) avessa a tal fim.

Finalmente, cumpre esclarecer que são justamente a *relevância e a urgência* da prova produzida com esteio no art. 156, I, CPP, que a legitimam, servindo estes critérios, portanto, de

parâmetro ao aferimento da necessidade, adequação e proporcionalidade de sua produção ainda na fase investigativa.

2.3 A produção de provas voltada a dirimir dúvida sobre ponto relevante

Disciplina o derradeiro inciso II, art. 156, CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

[...]

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

De logo, a primordial diferença entre o inciso cá em apreço e aquele objeto do subtópico anterior reside no fato de este último se aplicar, com exclusividade, à ação penal, momento em que a relação processual já se mostra concretizada.

Daí, afirma-se facultado ao julgador, *ex officio* e já na fase instrutória ou mesmo após seu encerramento, determinar que se realizem diligências para esclarecer dúvida sobre aspecto relevante à *opinio delicti*.

No tocante ao momento em que admitido, pelo dispositivo em apreço, o exercício de tal faculdade de instrução pelo julgador, não há maiores polêmicas.

Com efeito, se, de um lado, a investigação constante do inquérito é atribuição da autoridade policial; o julgamento da lide, objetivo-mor da ação penal, de outro, é *múnus* a ser colocado ao magistrado, o que torna indiscutível seu poder-dever de assumir função regulatória e mesmo instrutória da ação penal, embora esta última de maneira mais rigorosamente comedida.

Por diligências, há que se compreender a determinação oficiosa de juntada aos autos de quaisquer elementos de convicção úteis a elucidar questionamentos relacionados ao suposto fático colocado perante o julgador.

Assim, segundo o mandamento legal, caso paire dúvidas sobre a incidência ou não de uma qualificadora por suposto uso de arma de fogo no crime de homicídio (art. 121, CP), reserva-se ao juiz a possibilidade de ordenar a juntada de um laudo que sirva à detecção de vestígios de pólvora na mão do acusado, por exemplo.

Do mesmo modo, poderia o julgador ordenar a intimação – e mesmo a condução coercitiva – de testemunha referida que, embora não arrolada ordinariamente pela defesa (art. 396-A, CPP), tenha sido mencionada pelo denunciado, em seu interrogatório.

Reserva-se ao juiz, ainda, a possibilidade de, mesmo após já estar o feito idôneo a julgamento, de ofício o converter em diligência, para suprir eventual dúvida que repute obstáculo ao bom deslinde do feito. Eis, inclusive, um dos motivos porque Giacomolli (2008, p. 1) entende nefasta a reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008:

[...] essas novas (?) leis fragmentam, além da realidade, ainda mais, o Código de Processo Penal e o próprio processo penal, mas não rompem com a base epistemológica e política da década de quarenta: supremacia do *ius puniendi* sobre o direito de liberdade; busca da verdade real a todo custo, inclusive com a atuação *ex officio*; bases inquisitoriais ofuscante da Constituição, [...].

Desnecessário, por certo, afirmar que a disposição do art. 156, II, CPP, confere um poder-dever de instrução ao julgador, o que implica deduzir não estar o mesmo obrigado a exercê-lo, somente o devendo fazer quando se revelar indispensável à formação de seu convencimento. Trata-se, pois, de inegável deferência ao Princípio da Verdade Material.

2.4 O conceito de dúvida e as consequências de sua superação

Conquanto traga a expressão *dúvida sobre ponto relevante*, não cuida o art. 156, II, CPP, de conceituá-la, reservando-se tão difícil missão à doutrina e mesmo à jurisprudência.

Segundo Aurélio (1988, p. 232), consiste a dúvida em uma “incerteza sobre a realidade de um fato ou verdade de uma asserção; hesitação, indecisão”.

Retomando, então, o entendimento de Zilli (2003, p. 115) sobre os graus subjetivos de apreensão da realidade pelo indivíduo, vê-se que

[...] a certeza configura um estado de espírito representado pela “segurança subjetiva da verdade de um conhecimento” [...]. À certeza contrapõe-se, ainda, o juízo da probabilidade – o sujeito cognoscente não está convencido de estar em poder da verdade, mas estima ter se aproximado de um resultado – e a dúvida, estado de perplexidade que representa o fracasso em conhecer a verdade.

Seria, pois, o estado de dúvida uma condição tal de ânimo do julgador, em que o mesmo não se veja apto a, satisfatoriamente, afirmar verídica ou não uma dada alegação parcial.

Enfatize-se: a dúvida não é apenas a impossibilidade de considerar verdadeira uma afirmação, mas, inclusive, a impossibilidade de afirmá-la inverídica (eis a *perplexidade*). Daí porque não cabe falar em dúvida positiva ou afirmativa, como se observa com relação aos juízos de certeza e de probabilidade.

Então, novamente em linear interpretação do dispositivo legal, sempre que o magistrado se veja inábil a decidir num ou noutro sentido, pode ele lançar mão de sua iniciativa de instrução do feito, no azo de fugir a tal grau de apreensão da realidade.

No ponto, faz-se indispensável observar que o art. 156, II, em análise, não indica, por óbvio, viés acusatório ou defensivo a tal iniciativa. Pode ocorrer, portanto, de o magistrado, em exercendo seu poder de instrução do feito, colher elemento probatório da inocência do réu, o que, como já se antecipou, parece simpático ao Texto Constitucional.

Pode, de outra feita, existir a circunstância de, buscando-se livrar da situação de dúvida, ordenar o julgador a produção de prova comprometedora da esfera jurídica do acusado.

Imagine-se, a título de ilustração, esteja o julgador plenamente inseguro quanto à procedência das alegações acusatórias e defensivas, ante a inconclusiva prova testemunhal e documental até então produzida. Suponha-se, ainda, ordene o juiz a autuação de um elemento probatório documental (um vídeo, por exemplo), não requerido pela acusação, embora a existência do mesmo tenha sido ventilada nos autos.

O grande questionamento seria quanto à legitimidade de o magistrado, de ofício, abandonar sua situação de total perplexidade – favorável, num primeiro momento, ao réu – para produzir verdadeira prova, idônea a justificar a condenação deste.

Admitindo tal proceder, aparentemente sem qualquer restrição, aduz Avena (2009, p. 250):

Além disso, é necessário ponderar a circunstância de que, se garantias existem em favor do acusado (contraditório, ampla defesa, etc.), outras há, também, em favor da sociedade (direito à vida, ao patrimônio, à segurança, à honra, etc.), que, igualmente, devem ser respeitadas, não parecendo razoável que sejam as normas constitucionais interpretadas, unicamente, em favor do réu (interesse individual), relegando-se a segundo plano a sociedade, que tem interesse na punição pelo Estado dos criminosos que atentem à ordem social, sempre que possível provar a existência de responsabilidade criminal.

Deixando entrever uma superação mais harmoniosa de tal conflito, retomado em tópico posterior do presente trabalho, afirma Oliveira (2010, p. 464):

Assim, embora reconheçamos a amplitude da iniciativa probatória deferida ao juiz no Código de Processo Penal, reforçada ainda mais, e, agora, pela Lei nº 11.690/08, não podemos esquecer que esta atividade probatória somente deve se desenvolver a partir da existência de dúvida razoável sobre ponto relevante do processo, não sendo aceitável, porém, e em nenhuma hipótese, a adoção de posição supletiva ou subsidiária da atuação do órgão de acusação.

Em arremate, conquanto admitida legalmente a iniciativa de instrução *ex officio* pelo magistrado criminal, o tema não se mostra pacífico, verificando-se, de um lado, autores favoráveis a tal proceder – e que seguem reverberando o Princípio da Verdade Real, de modo crítico; e, de outro, doutrinadores avessos a tal iniciativa – por enxergarem a feição inquisitória na indiscriminada investigação fática do julgador.

3 O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* E SUA POSSÍVEL AFETAÇÃO FRENTE À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JULGADOR PENAL

Consoante destacado ao término do capítulo anterior, aventou-se a possibilidade o magistrado, ao produzir prova para *dirimir dúvida sobre ponto relevante* (art. 156, II, CPP), colher elemento de convicção desfavorável ao acusado.

Dessa forma, abandonaria o juiz uma situação originária de ausência de autoconvencimento, pretensamente benéfica ao réu; para, de modo oficioso, instruir o feito com provas que viessem a abalar a esfera jurídica do mesmo.

No presente tópico, busca-se discutir o conteúdo do chamado Princípio do *in dubio pro reo*, a fim de averiguar o fundamento lógico da adoção de posicionamento pró-acusado em havendo dúvidas no curso da ação penal, bem como apresentar o entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto ao tema, no intuito de lhe preservar aplicação prática.

3.1 Conceituação doutrinária

O Princípio do *in dubio pro reo* não encontra previsão explícita na Constituição Federal de 1988. É ele, todavia, fruto de um processo penal democrático, nos moldes em que previsto na Carta Magna Brasileira, de cujo art. 5º, LVII, extrai-se indiretamente a noção de que a dúvida milita em favor do acusado. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

Dissertando sobre referido dispositivo constitucional, informa Machado (1993, p. 37):

É declaração velha, da Revolução Francesa, que todo acusado beneficia-se da presunção de inocência; isto é, submetido a um processo legal devida e adremente estabelecido, [...], o acusado é culpado apenas e tão somente após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, nos exatos limites desta: até então, até a condenação trãnsita em julgado, a presunção de inocência se embaralha e se apoia no princípio processual criminal do *in dubio pro reo*: a prova não definitiva ou duvidosa trabalha em favor do acusado.

Observa-se, pois, que até a definitiva e, pelo menos em tese, imutável decisão condenatória – quando então haverá certeza da responsabilidade criminal do indivíduo; descabe-lhe afastar a situação de inocência, o que, em outro dizer, significa impor que toda dúvida até então existente seja interpretada para amenizar o grau de intervenção estatal na esfera jurídica do acusado.

Ampliando tal noção, eis o conceito trazido por Tourinho Filho (2003, p. 29) sobre o princípio em apreço:

No Processo Penal, várias são as disposições que consagram o princípio do favor innocentiae, favor libertatis ou favor rei. Assim, a proibição da reformatio in pejus – reforma para pior (art. 617); os recursos privativos da Defesa, como o protesto por novo júri [hoje inexistente] e os embargos infringentes ou de nulidade (arts. 607 e 609, parágrafo único); a revisão criminal como direito exclusivo do réu (arts. 621 e s.); a regra do art. 615, §1º; e, por fim, como coroamento desse princípio, o da presunção de inocência, hoje erigido à categoria de dogma constitucional.

De se ver, então, que o princípio do *in dubio pro reo* nada mais é do que a concreta demonstração de prestígio à liberdade individual pelo ordenamento jurídico, de modo a, não havendo exaustiva demonstração da culpa (*lato sensu*) do acusado, não se revelar legítimo lhe infligir as agruras da lei penal.

É que, ausente tal demonstração, inexistente, em tese, fundamento suficiente à movimentação da máquina punitiva do Estado em desfavor do indivíduo. Reforça-se, aqui, a imprescindibilidade do valor certeza, no tocante à utilização do sistema processual penal.

Ademais, cabe relevar, no conceito suprarreferido, a ideia de que a positivação, mesmo implícita, do *in dubio pro reo*, enquanto norma-princípio, tem o condão de orientar a atuação do julgador durante toda a ação penal e mesmo antes dela, não se restringindo apenas ao momento de prolação da sentença.

Preferível, portanto, reputar deva a dúvida ser interpretada, pelo julgador, de modo benéfico ao cidadão durante todo o itinerário investigatório e processual, sob pena de descaracterização, mesmo, do princípio da presunção de inocência.

Em efeito, não se mostra admissível a determinação de prisão preventiva do investigado (art. 311, CPP), por exemplo, quando dúvida pairar acerca dos indícios de autoria da infração penal. Certo é que, em caso tal, o juízo de certeza há de ser flexibilizado, sobretudo pela

natureza de cautela da modalidade prisional preventiva, mas não a ponto de permitir o encarceramento cautelar sem a presença de um convencimento mínimo do julgador.

Em idêntico pensar, não se justificaria a decretação do sequestro de bens do denunciado, sem ao menos a incipiente comprovação da origem ilícita dos mesmos (art. 125, CPP).

De fato, não caberia falar em presunção de inocência (e, pois, em *in dubio pro reo*) em um ordenamento jurídico que, mesmo antes de passada em julgado sentença condenatória, autorizasse a automática constrição pessoal e/ou patrimonial do indivíduo.

Eis a razão por que tem firmado o Supremo Tribunal Federal entendimento segundo o qual é indevida a utilização de modalidade prisional preventiva com finalidade punitiva em relação ao denunciado, mormente quando amparada em meras conjecturas – atestadoras da situação de *incerteza* enfrentada pelo magistrado:

[...] A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. [...] A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. [...] Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal⁸.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 105270/SP. “HABEAS CORPUS - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA POR DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - FALTA DE [...]”. Julgado em 06/09/2011.

3.2 A dúvida como inexistência de provas

Boa parte da doutrina pátria, ao analisar o Princípio do *in dubio pro reo*, cuida de fazer menção ao art. 386, VII, do CPP, com a redação modificada pela Lei nº 11.690/2008, a positivar:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
[...]
VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Consistiria, pois, a dúvida numa situação tal em que o magistrado não vislumbrasse elementos de convicção suficientes para proferir um édito condenatório. Esclarecendo dito posicionamento, eis a compreensão de Avena (2009, p. 44):

- Princípio do “in dubio pro reo” ou “favor rei”: por este princípio, deve-se privilegiar a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. [...] Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação, o art. 386, VII, CPP, agasalha, implicitamente, tal princípio.

Mencione-se, ainda, o entendimento de Távora e Alencar (2013, p. 69), para quem

A dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer. [...] Nesse contexto, o inciso VII do art. 386, CPP, prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador, típica positivação do favor rei [...].

Estariam, assim, em pé de igualdade, segundo os ensinamentos colacionados, a situação de dúvida, enfrentada pelo julgador, e a de ausência de provas bastantes a lastrear uma condenação.

O presente trabalho não acolhe tal posicionamento, reputando preferível bem diferenciar as situações acima colocadas, em nome de um maior rigor na aplicação do brocardo *in dubio pro reo*.

De fato, a verificação da inexistência de provas suficientes à condenação não se identifica com o conceito de dúvida, harmonizando-se, isto sim, com a ideia de não plausibilidade das alegações acusatórias. Haveria, pois, na hipótese do supracitado dispositivo do Código de

Processo Penal, um conhecimento exaustivo da realidade, parecendo fugir à noção de perplexidade, inerente à situação de dúvida.

Esta, se compreendida como “*o fracasso em conhecer a verdade*” (ZILLI, 2003, p. 115) só se mostraria presente quando, em cotejando as alegações defensivas e acusatórias, pudesse o julgador, embora não de maneira segura, adotar qualquer dos posicionamentos parciais.

Daí a razão de não se aquiescer o entendimento segundo o qual o princípio em tela encontra previsão em dito art. 386, VII, CPP.

No ponto, cumpre reiterar o quanto lecionado por Tourinho Filho (*op. cit.*, p. 29), que assim aduz:

Alguns autores incluem como exemplo do *favor rei* a regra do art. 386, VI [hoje inciso VII], do CPP, que impõe a absolvição por insuficiência de prova. Parece-nos, contudo, que a razão esteja com Santiago Sentís Melendo: “Quando se diz *in dubio pro reo* se está dizendo que, ante a falta de provas, o Juiz deve absolver o réu; *y esto parece que no necesita justificaci3n*”. E acrescenta: “o juiz não duvida quando absolve. Está firmemente seguro, tem a plena certeza. De quê? De que lhe faltam provas para condenar. *No se trata de ‘favor’ sino de justicia*”.

Com efeito, não parece interessante equiparar a hipótese em que o magistrado deixa de proferir condenação, por não ter sido demonstrada a responsabilidade criminal do indivíduo (conhecimento exaustivo - ausência de provas); com a hipótese em que ele também o faz, embora por considerar impossível apreender eficazmente a realidade colocada sob sua análise (conhecimento frustrado – dúvida caracterizada).

É que, de fato, a ausência de elementos de convicção condenatórios, mesmo por uma decorrência lógica, há inevitavelmente de conduzir à improcedência da pretensão exercida no seio da ação penal. Seria verdadeiramente inimaginável que tal pretensão, não bem alicerçada, pudesse apenas por simples favor legal levar à absolvição do indivíduo.

Favor legal há, em verdade, quando, abrindo-se ao julgador dois posicionamentos plausíveis, impõe a lei se opte pela via menos gravosa ao acusado. Veja-se, a respeito, trecho de voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Noutras palavras, a leitura dos elementos do processo, à luz do princípio da presunção de inocência – consubstanciado na máxima *in dubio pro reo*, segundo a qual, diante de duas conclusões lógicas, não é permitido ao julgador admitir justamente aquela contrária ao

réu, porque a condenação deve ser fruto de prova incontestável -, recomenda a manutenção do acórdão que considerou atípica a conduta do recorrido⁹.

Enfatizando, todavia, a releitura proposta no capítulo inicial do presente trabalho (tópico 1.3), urge tachar também como dúvida, para fins de aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*, os juízos de probabilidade do magistrado, por não configurarem a estrita e indispensável certeza.

Assim, fosse o grau de convencimento judicial um seguimento de reta, e o único ponto justificador da condenação seria o extremo direito, a denotar certeza positiva da autoria e materialidade delituosas.

Em grau decrescente de autoconvencimento, ter-se-ia, da direita para a esquerda, o juízo de probabilidade positiva, a dúvida (ponto médio do seguimento), o juízo de probabilidade negativa e, finalmente, como ponto extremo esquerdo, a certeza negativa, todos a recomendar a atenuação ou a exclusão da responsabilidade criminal do acusado.

3.3 Entendimento jurisprudencial quanto à dúvida benéfica ao réu

Em que pese a distinção traçada no presente trabalho quanto à dúvida e à insuficiência de provas; têm os tribunais pátrios, num ou noutro caso, entendido pela aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*.

Não assim, eis um repasse de algumas decisões judiciais, ora aproximando o Princípio do *in dubio pro reo* daquela situação de perplexidade insuperável, enfrentada pelo julgador; ora identificando como nítida aplicação de tal princípio a regra inserida no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

[...]

6. Pesam em favor da impropriedade do objeto três circunstâncias de grande relevância: a primeira consiste na total impropriedade do gatilho esquerdo, devidamente atestada na perícia de fl. 131; a segunda na inexistência de munição compatível com a garrucha, fato que indica, ao menos em tese, a imprestabilidade do objeto, pois o seu uso dependeria de produção artesanal ou de recarga de munição, práticas complexas, que não se revelam acessíveis a qualquer pessoa; e a terceira e última seria a impossibilidade de atribuir ao

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387227/MG. “RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INAPTIDÃO DO INSTRUMENTO. LAUDO PERICIAL ATESTANDO O NÃO FUNCIONAMENTO DE UM DOS CANOS DA GARRUCHA. SEGUNDO CANO. DÚVIDAS QUANTO AO FUNCIONAMENTO [...]”. Julgado em 17/09/2013.

acusado as consequências da insuficiência parcial da prova técnica produzida pelo próprio Estado.

7. A leitura dos elementos do processo à luz do princípio da presunção de inocência - consubstanciado na máxima *in dubio pro reo*, segundo o qual, diante de duas conclusões lógicas, não é permitido ao julgador admitir justamente aquela contrária ao réu, porque a condenação deve ser fruto de prova indubitosa - recomenda a manutenção do acórdão que considerou atípica a conduta do recorrido.

8. Recurso especial a que se nega provimento¹⁰.

Colhe-se, no julgado *supra*, a clara descrição do conceito de dúvida exposto por Zilli (2003, p. 116) e abordado no capítulo anterior (tópico 2.4): a frustração quanto ao pleno autoconvencimento do julgador, mesmo após o repasse de todas as alegações e provas apresentados pelas partes.

Ainda a ensejar o entendimento favorável ao réu quando do *imponderável* conflito entre as alegações parciais, veja-se:

[...]

Assim, penso que o princípio “*in dubio pro reo*” aplicado pelo Tribunal a quo violou aquilo que se conhece por razoável, na medida em que, na espécie, não se cogita do imponderável sobre a existência do fato e da autoria, mas, ao contrário, se denota, de forma efetiva, que a conduta restou voltada para a traficância.

Ademais, enquadrando-se a conduta no núcleo “importar”, é de se pressupor que a ação delituosa tenha se perfectibilizada com a simples entrada do entorpecente no território nacional.

Recurso provido para restabelecer a sentença do Juiz de primeiro grau¹¹.

Novamente, observa-se como contexto à incidência do princípio em debate a circunstância de insegurança plena, de completa falta de certeza do julgador para condenar.

Já em sentido diverso, isto é, afirmando como dúvida favorável ao acusado também a hipótese de insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP), cite-se:

[...]

6. Sem prova plena que comprove eficazmente que o recorrido participou da empreitada criminosa, e considerando que o Direito Penal não opera com conjecturas ou probabilidades, não é possível reconhecer a responsabilidade penal do acusado, ao contrário, a absolvição se impõe, já que a dúvida autoriza a declaração do *in dubio pro*

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387227/MG. “RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INAPTIDÃO DO INSTRUMENTO. LAUDO PERICIAL ATESTANDO O NÃO FUNCIONAMENTO DE UM DOS CANOS DA GARRUCHA. SEGUNDO CANO. DÚVIDAS QUANTO AO FUNCIONAMENTO [...]”. Julgado em 17/09/2013.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 817.058/RJ. “RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. INOCORRÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PARÂMETRO PARA A CONTAGEM É A PENA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DA PENA [...]”. Julgado em 16/06/2009.

reo, contido no art. 386, inciso V do CPP (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal).

7. Apelação do MPF a que se nega provimento, mantendo-se a absolvição do acusado, acolhendo o parecer da Procuradoria Regional da República¹².

E, ainda:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ALICIAMENTO PARA O FIM DE EMIGRAÇÃO. ART. 206 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO DEMONSTRADAS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. APLICAÇÃO.

[...]

8. O nosso sistema processual penal se escora em base sólidas quanto à proteção dos direitos individuais, não permitindo condenação penal sem um juízo seguro de culpabilidade, cabendo esse ônus ao órgão de acusação que, no caso, não se desincumbiu de seu mister, restando dúvidas que, de ordinário, devem ser interpretadas em favor da acusada na dicção do vetusto princípio in dubio pro reu. Apelação improvida¹³.

Ambos os posicionamentos retrocitados sequer distinguem a dúvida da insuficiência de provas acusatórias, preferindo considerá-las equivalentes, para fins de aplicação do princípio ora discutido.

No ponto, aliás, o derradeiro entendimento colacionado, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mostra-se bastante esclarecedor: cabe falar em *dúvida favorável ao acusado* mesmo ante a ineficácia da acusação em bem exercer seu ônus probatório.

Assim, para além da distinção pontual feita pela doutrina brasileira, cabe entender, do ponto de vista pragmático, como ensejadora da aplicação da máxima *in dubio pro reo* toda dúvida que, de maneira relevante, venha a comprometer tanto o autoconvencimento declarado pelo julgador, como a suficiência dos elementos de convicção apresentados pelo polo acusatório da relação processual-penal.

¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 00010254620104058302, ACR10154/PE. “PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MPF. USO DE DOCUMENTO FALSIFICADO. ART. 304, DO CPB. CERTIFICADO DE REGISTRO DE FRETAMENTO. DOCUMENTO ADULTERADO. APRESENTAÇÃO À POLÍCIA [...]”. Julgado em 15/08/2013.

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 200984000053678, ACR8094/RN. “PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ALICIAMENTO PARA O FIM DE EMIGRAÇÃO. ART. 206 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO DEMONSTRADAS. PRINCÍPIO IN DUBIO [...]”. Julgado em 25/07/2013.

3.4 O ônus probatório a servir de parâmetro à caracterização da dúvida

Um bom enfrentamento da circunstância de dúvida no curso do processo penal não pode ignorar a discussão em torno do ônus probatório.

É que, tomada a dúvida como um estado insuperável em que o magistrado não tem condições de afirmar seguro juízo condenatório ou de, pelo menos, proceder ao melhor acerto fático (ZILLI, 2003, p. 117); parece inconteste que tal circunstância surge a partir do confronto de alegações defensivas e acusatórias em torno do fato delituoso.

Tais alegações, por óbvio, não hão de ser levadas em conta, caso não estejam minimamente alicerçadas em elementos de convicção, isto é, não estejam lastreadas em provas confiáveis.

Em outro dizer: a dúvida aparece do embate entre provas defensivas e acusatórias, de maneira a impossibilitar ao julgador o preciso deslinde dos elementos integrantes do fato delituoso. Nesse pensar, faz-se necessário estabelecer a quem incumbe provar cada gênero de alegação, no intuito de, distribuído o ônus probatório, finalmente se indagar quem o logrou bem exercer.

Pois bem. De pronto, urge lembrar que a prova da alegação incumbe a quem a fez, consoante se verifica do art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Como já restou delineado no presente trabalho, todavia, o ônus probatório da acusação criminal, mesmo por força do Princípio da Presunção de Inocência, revela-se deveras amplo, se comparado ao ônus reservado ao polo defensivo.

De fato, para fins de alcance da indispensável certeza legitimadora da condenação, urge ao polo acusatório esclarecer todos os aspectos relacionados à materialidade do fato delituoso, bem como demonstrar fundamentadamente a sua autoria como incumbindo ao acusado.

A respeito, dissertam Távora e Alencar (2013, p. 405):

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena.

De modo mais enfático, pontua Jardim (2002, p. 212) que:

[...] o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal com o salutar princípio *in dubio pro reo*.

Cabe, quanto ao trecho retromencionado, asseverar que dizer o ônus probatório todo da acusação não significa, necessariamente, eximir o polo defensivo de provar as alegações que fizer, sob risco de tornar letra morta a redação do art. 156, do Código de Processo Penal.

Quanto à literalidade do dispositivo supra, lê-se, novamente em Oliveira (2010, p. 349):

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156, do CPP, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Em idêntico sentido leciona Capez (2005, p. 273), para quem, “[...] em contrapartida, cabe ao acusado provar as excludentes de antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como as circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais”.

Possível afirmar, então, que o ônus probatório no processo penal comporta a seguinte esquematização: à acusação se reserva demonstrar a procedência da pretensão punitiva do Estado, por meio de elementos de autoria e materialidade; ao passo que à defesa se impõe fazer prova de elementos de modificação ou impedimento ao exercício de tal pretensão punitiva, cabendo sempre lembrar que a insuficiência acusatória, por mandamento legal (art. 386, VII, CPP), conduz à absolvição.

Assim arrematam, com efeito, Távora e Alencar (2013, p. 405):

[...]. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena.

É necessário [todavia] que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator.

A título de exemplo, no curso de uma ação penal que elucida a prática do crime de roubo (art. 157, CP), incumbiria à acusação a prova acerca do cometimento, pelo réu, da conduta de ‘subtração patrimonial’, efetivada por meio de ‘violência’ ou ‘grave ameaça’.

Já a defesa se poderia voltar a discutir e provar que tal ‘violência’ ou ‘grave ameaça’ se deu de maneira justificada, pois o acusado, em verdade, buscava reaver o seu patrimônio (existiria, então, legítima defesa de sua parte); ou mesmo que a pretensão punitiva estatal já se encontraria prescrita (extinção da punibilidade).

De outra feita, isento estaria o denunciado, em regra, de provar suas alegações, na hipótese de meramente refutar o conteúdo acusatório (tese negativa de autoria).

Diz-se ‘em regra’, pois parece existir uma situação ímpar, em que, mesmo se utilizada a tese negativa de autoria, visualizar-se-ia ônus probatório ao polo defensivo.

Imagine-se que, ao repudiar a imputação do órgão acusador, tenha o denunciado atribuído a autoria delitiva a um terceiro, supostamente presente ao local do crime. Neste caso, parece indispensável deva a alegação defensiva ter o mínimo de suporte nos elementos de convicção produzidos nos autos.

A uma, porque tal alegação direciona para outro indivíduo a pretensão punitiva do Estado e, em a modificando, torna irrecusável a aplicação do art. 156, CPP, onerando o autor da alegação com a sua respectiva prova.

Ademais, não se mostra razoável imputar à acusação o ônus de fazer prova negativa e, por vezes, impossível da participação de um terceiro no evento delituoso, mormente quando essa participação, alegada pelo polo defensivo, não encontra esteio junto aos demais elementos probatórios apresentados.

Inobstante, a imputação de autoria delitiva a terceiro, mesmo que no exercício do direito de defesa, pode configurar o crime de denúncia caluniosa¹⁴, previsto no art. 339, CP (OLIVEIRA, 2010, p. 398), razão porque, para ser processualmente válida, precisa, antes, mostrar-se lícita, servindo para tanto sua comprovação.

Vê-se, ao fim, que, para configurar uma situação de dúvida, ensejadora da absolvição do réu com base no princípio ora discutido, não basta o mero embate entre alegações aparentemente inconciliáveis, sendo imperioso que os elementos probatórios trazidos pelas partes contenham tal característica.

Do contrário, não haverá efetiva perplexidade no desvendar fático do julgador, mas mera alegação que, não devidamente comprovada pelo seu autor, queda inidônea ao fim a que se pretende, jamais merecendo, portanto, a ela seja dada relevância.

¹⁴ Em sentido oposto, conferir, inclusive com apoio em entendimento pretoriano, Greco (2010, p. 565).

3.5 O contexto idôneo à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*

De certo, não é qualquer dúvida, existente no horizonte de apreciação do juiz, que permite a incidência do aforismo ora em tela.

Se, de um lado, o ordenamento jurídico tutela o estado de liberdade individual, inclusive daquele em cujo desfavor o Estado busca exercer pretensão punitiva; de outro, é esse mesmo ordenamento o responsável por conter e apurar satisfatoriamente as infrações de natureza criminal (2011, p. 38).

Daí, do imperativo lógico de a *dúvida* favorecer o acusado na relação processual penal decorre a noção de que a mesma deve se mostrar relevante e insuperável. E isto por dois fatores: a uma que, não apresentando a dúvida tais caracteres, não se vislumbraria o afastamento da necessidade de movimentação da máquina punitiva estatal.

De fato, a mera impossibilidade de se afirmar a ocorrência ou não de uma agravante, por exemplo, jamais poderia conduzir à absolvição, donde se vê que uma dúvida acessória não obsta, de pleno, a apreensão da realidade.

Ademais, cabe rememorar o poder-dever do magistrado, positivado no art. 156, II, CPP, de autorizar a produção de provas voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante.

É dizer: sendo a dúvida contornável, ordena o Código de Processo Penal sua pronta superação pelo juiz, em nome da ‘Verdade Material’ e, sobretudo, da própria efetividade da jurisdição.

Dissertando, então, acerca da qualidade da dúvida que conduz à forçosa aplicação principiológica, aduz Zilli (2003, p. 150):

De fato, subsistente um estado relativo de dúvida, ou melhor, um estado de irresolução transitório e presente uma possibilidade real de obtenção de novas provas – desde que viáveis e factíveis –, não será possível, tampouco permitido, reconhecer, desde já, um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima do *in dubio pro reo*.

Em idêntico sentido, inclusive, assevera a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 que, 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*”.

O alerta quanto ao tipo de dúvida ensejador da aplicação da máxima *in dubio pro reo* se mostra interessante, na medida em que busca fornecer subsídios ao sopesamento dos princípios da presunção de inocência e da verdade material.

Assim, sempre que confrontar dúvida no curso da ação penal, reserva-se ao magistrado o poder-dever de, em sendo viável, esquivar-se da mesma, ainda que – indiferente é o mandamento legal – possa haver comprometimento dos interesses do acusado.

De se ter em mente, todavia, que exigir seja a dúvida insanável não significa aquiescer uma atuação probatória indiscriminada do julgador, isto é, que se verifique à revelia de manifestação do próprio órgão acusatório.

Assim, não estando a pretensão punitiva, objeto da ação penal, suficientemente alicerçada em provas recolhidas por iniciativa do próprio polo acusatório, descabe autorizar o julgador a produzir tais provas de modo indistinto, sob pena de ofensa à paridade processual e sob pena de esvaziamento da própria garantia do *in dubio pro reo*.

Imprescindível, a respeito, transcrever a distinção observada por Oliveira (2010, p. 350):

Pensamos ser perfeitamente possível construir uma linha divisória entre o que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal. A iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação. E mais: que tal atividade revele-se substitutiva ou mesmo supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP).

É, então, sobre a preciosa diferenciação entre as iniciativas probatória e acusatória do julgador que se debruça o posterior tópico do presente trabalho.

3.6 A iniciativa instrutória do magistrado em matéria penal e a sua utilização enquanto complementação da atividade acusatória. O risco de esvaziamento da garantia do *in dubio pro reo*

Ao longo dos capítulos anteriores, buscou-se apresentar os conceitos dos Princípios da Verdade Real e do *in dubio pro reo*, além de delimitar as hipóteses legais que autorizam o juiz a produzir prova, no curso da ação penal, ou mesmo antes de seu início.

Observou-se, então, que, ao intentar dirimir uma dúvida que lhe pareça relevante, poderia o julgador, no exercício oficioso de sua iniciativa instrutória, colher tanto elemento de convicção desfavorável ao acusado, como elementos de convicção benéficos ao mesmo.

Daí, vislumbra-se uma duplicidade no resultado da atuação judicial *ex officio*, a qual se pode mostrar supressiva de eventuais falhas seja do polo acusatório, seja do polo defensivo, urgindo distinguir tais situações, a fim de primar pela natureza acusatória do processo penal, sem privar, de pleno, o julgador criminal de uma maior liberdade de atuação.

3.6.1 Atuação ex officio do julgador e potencial complementação da iniciativa probatória reservada ao polo acusatório

Dúvidas não há que o ônus de demonstrar a responsabilidade criminal do acusado assiste, com exclusividade, ao polo acusatório da relação processual penal.

Assim, seja ao Ministério Público, seja ao querelante, incumbe delimitar, mesmo sem precisão milimétrica, o tipo penal em que o réu incidiu, bem como apresentar ao julgador os meios de prova que tornam críveis as afirmações levadas a cabo pela acusação, por meio da demonstração da autoria e materialidade delituosas.

Tal noção, sensivelmente ligada ao caráter acusatório do processo penal brasileiro, permite concluir que a iniciativa probatória, em regra, não há de ter qualquer elo com o magistrado criminal, ante o risco de evidenciar uma indesejada confusão entre as partes processuais, em nítido desfavor de seu principal sujeito: o réu.

Daí, ainda que goze de uma iniciativa de instrução do feito (art. 156, CPP), não parece seja possível ao magistrado, de ofício e mesmo em circunstância de dúvida, produzir prova que comprometa a esfera jurídica do denunciado, quando a ausência de referida prova se dever a uma falha do polo acusatório.

É que, em dita hipótese, não teria a acusação agido de maneira exitosa, não se desincumbindo do ônus probatório de levar aos autos elementos demonstradores da responsabilidade criminal do indivíduo.

Não se compreende, portanto, a utilização da iniciativa instrutória do juiz como atividade supletiva do polo acusatório, sob pena de o julgador exercer um ônus processual que jamais lhe poderia assistir, por imperativo lógico da paridade de armas.

No ponto, elucidativa é a passagem observada em Oliveira (2010, p. 350) que, após cuidar das iniciativas probatória e acusatória do juiz, assim prossegue:

[...] A iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação. E mais: que tal atividade revele-se substitutiva ou mesmo supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP).

Um exemplo, a nosso aviso, é suficiente para demonstrar a possibilidade de se estabelecer um critério objetivo, minimamente que seja.

O art. 564, III, b, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção da prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção.

Um outro exemplo parece bastar a distinguir tais iniciativas – probatória ou acusatória – do julgador.

Como cediço, prevê o Código Penal, em seu art. 129, §1º, I, constituir lesão corporal grave o atentado à integridade física de outrem de que resulte incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

Especificamente com relação ao dispositivo *supra*, estabelece o Código de Processo Penal, art. 168, §2º, que, tão logo transcorridos trinta dias da data do crime, deve-se proceder a perícia complementar, no azo de fazer prova da circunstância de “*incapacidade para as ocupações habituais*”.

Imagine-se, então, que, ofertada denúncia por supracitado crime, não tenha o órgão acusatório requerido complementação de perícia na vítima.

A indagação cabível é: poderia o magistrado, de modo officioso e buscando superar condição de dúvida quanto à caracterização do crime de lesão corporal grave, ordenar complementação pericial, ao arripio de manifestação do Ministério Público neste sentido?

É de se afirmar que não, face à impossibilidade, já destacada, de a iniciativa instrutória do julgador se imiscuir na atividade probatória reservada à acusação.

Não ignora o presente trabalho o cristalino mandamento do *caput* de referido art. 168, CPP, a admitir que, mesmo de ofício, ordene a autoridade judiciária a realização de perícia complementar.

Tal mandamento, todavia, mesmo porque constante da redação originária do Código de Processo Penal (cuja feição autoritária já foi apresentada), há de ser lido de maneira

consentânea com o atual modelo democrático de processo, autorizando-se, sim, haja o julgador de ofício, desde que para lograr maior convencimento acerca das provas e/ou perícias anteriormente requeridas pela acusação.

É dizer: uma coisa é o magistrado agir *ex officio* para investigar, digamos, a credibilidade da prova acusatória, ainda que para confirmá-la, quando haveria típica iniciativa instrutória do feito – completamente admissível; outra, totalmente diversa, é o magistrado, de ofício, suprir a prova acusatória, hipótese plenamente rechaçada neste trabalho.

Assim, no exemplo acima colocado, não se mostraria vedado ao julgador ordenar de modo oficioso a realização de perícia complementar, desde que voltada a ratificar prévio periciamento efetivado por iniciativa do polo acusatório.

O que não se admite, enfatize-se, é o magistrado, de ofício, determinar a realização de uma perícia, no azo de suprir diligência não requerida pelo órgão do Ministério Público, quando o deveria ter sido, em nome de uma suposta busca da Verdade Real.

Arremata-se, então, concluindo que a iniciativa de instrução do julgador criminal, em ocorrendo dúvida, somente pode ser exercida quanto ao material probatório produzido pelas partes, jamais cabendo ao julgador fazer uso de tal iniciativa para investigação da realidade não constante dos autos, face ao risco de autoritária utilização do princípio da verdade real.

Deixando também entrever tal pensar, assevera Oliveira (2010, p. 351):

[...]. Por dúvida, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a ausência dela (prova), como ocorreria no exemplo anterior. A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o não produzido. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória.

Ao fim, o que delimita de modo bastante salutar o campo de atuação probatória *ex officio* do julgador criminal são os elementos de convicção colhidos pelas partes, já que somente com relação àquilo efetivamente produzido nos autos é que pode ocorrer dúvida.

3.6.2 Atuação oficiosa do julgador criminal e supressão de deficiência na defesa técnica do acusado – resguardo à ampla defesa

Se, de um lado, não pode o magistrado agir *ex officio*, para suprir carência ou omissão do polo acusatório, em nome de tutelar o vago e temerário conceito de verdade real; de outro, é-lhe aberta a faculdade de, oficiosamente, determinar a produção de provas voltadas à demonstração da inocência do acusado. E isso por mais de um fator.

Primeiramente, é sabido que a atuação judicial, em alguns procedimentos, volta-se a legitimar a intervenção estatal sob o indivíduo. Como exemplo, veja-se a ordem de busca domiciliar (art. 240 e ss., CPP) que, ao ser necessariamente deferida por juiz togado, passa por um filtro constitucional no tocante a sua imprescindibilidade às investigações.

Em mesmo sentido, tem-se, ainda, a indispensabilidade de a quebra do sigilo telefônico (Lei Federal nº 9.296/1996) ser legitimada pela autoridade judiciária, a fim de a prova dela resultante constituir meio processual idôneo.

Em casos tais, estabelece a Constituição Federal de 1988 uma chamada cláusula de reserva de jurisdição, a asseverar que deve a atuação estatal, em podendo agredir ou cercear prerrogativas fundamentais do indivíduo, receber prévia chancela do Poder Judiciário, zelador constante das liberdades públicas.

Dissertando a respeito, leciona Oliveira (2010, p. 349):

O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.

Ora, se a restrição a direitos fundamentais, por parte do Estado, obrigatoriamente há de receber prévia autorização do magistrado, não há dúvidas que o cerceamento da liberdade individual, pretensão mais comumente exercida no seio da ação penal, também há de se submeter ao controle judiciário. Tal lição parece evidente.

O que se mostra relevante e menos visível, no ponto, é destacar que, em sendo o julgador um constante guardião das liberdades públicas, resai inerente ao seu mister determinar a realização de diligências voltadas, se muito, a zelar pela inocência do acusado.

Eis o porquê se afirmou, em páginas anteriores, ser mais afinada à CF/88 a noção de o julgador, ao adotar postura ativa no processo penal, assim o fazer para colher elementos de prova acerca da absolvição do réu, na diuturna proteção da esfera jurídica deste.

Fazer tal afirmação, por óbvio, não pode jamais significar a apologia a uma identificação inata entre o polo defensivo e o polo julgador da relação processual penal.

Significa, sim, reconhecer, mesmo por força do Princípio do *in dubio pro reo*, que, havendo o julgador de, excepcionalmente, modificar o equilíbrio processual, ao buscar ele próprio colher elemento de prova, que assim o faça para reduzir o grau de intervenção na liberdade individual. Trata-se, se tanto, de uma aproximação entre os polos julgador e defensivo; jamais de uma identificação entre os mesmos.

Este, aliás, o preciso posicionamento de Moreira (20--, p. 4), para quem

Com efeito, não se pode, por conta de algo muitas vezes inatingível (a verdade...) permitir que o Juiz saia de sua posição suprapartes, a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória. [...] Admitimos esta iniciativa judicial probatória, excepcionalmente, quando visa, *verbi gratia*, a provar a inocência do acusado, isto em respeito ao princípio do favor rei.

De mesmo pensar compartilha Prado (2006, p. 140), ao defender a total imparcialidade do árbitro, cabendo a este, tão somente de forma secundária, atuar de maneira favorável à elucidação da inocência do réu.

Daí, se não pode o julgador penal suprir falha na atuação do polo acusatório, por indevida quebra da paridade processual; pode ele assumir feição ativa com vistas a superar eventual omissão do polo defensivo, desde que não haja abalo à sua imparcialidade.

Em melhor dizer: buscando-se sempre quedar igualmente distante das partes, reserva-se ao julgador coletar de ofício elementos probatórios favoráveis ao acusado, sem que, por óbvio, venha a se confundir com o polo defensivo – o que também acarretaria ruptura no equilíbrio processual penal.

Inadmitir tal confusão entre os polos processuais, enfatize-se, não implica desautorizar eventual aproximação entre os mesmos, sobretudo quando desta resultar melhor controle judiciário acerca da imperatividade de se infligir sanção criminal ao indivíduo.

Com efeito, reconhecer ao julgador iniciativa instrutória voltada a resguardar os interesses defensivos é medida salutar, pois destinada a proteger a esfera jurídica daquele que se encontra na condição de polo hipossuficiente na relação processual.

De fato, uma breve análise do Código de Processo Penal Brasileiro torna indiscutível a superioridade de forças do Estado na repressão, investigação, apuração e punição do responsável pelo cometimento de um delito (OLIVEIRA, 2010, p. 351).

Afinal, é o ente estatal quem colhe elementos de convicção, por meio do inquérito policial; persegue em juízo o denunciado, no seio da ação penal; e, ao final, julga a pretensão punitiva, aplicando a sanção cabível.

Nesse aspecto, portanto, e mesmo para a concretização da igualdade substancial no processo, urge autorizar o julgador, de modo oficioso, a superar omissões do polo defensivo, buscando verdadeiro equilíbrio entre as partes, consoante explica Oliveira (2010, p. 351):

Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização *efetiva* da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade *material* passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre *iguais* e *desiguais*.

Assim, se o que se almeja é um processo penal efetivamente acusatório, atento à presunção de inocência do acusado e à dúvida que lhe seja favorável, mostra-se interessante restringir a iniciativa instrutória oficiosa do julgador aos casos de salvaguarda do interesse defensivo, enfatizando ao máximo o ônus probatório inerente à acusação.

Do contrário, vislumbra-se a possibilidade de a insuficiência acusatória travestir-se de dúvida, promovendo a inadmissível aproximação entre os polos acusador e julgador, e praticamente esvaziando o Princípio do *in dubio pro reo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se ser possível ao magistrado, do ponto de vista legal, assumir feição ativa no curso do inquérito policial, em havendo urgência na colheita da prova, ou no transcorrer da ação penal, em ocorrendo dúvida sobre ponto relevante.

Segundo ampla maioria doutrinária brasileira, tal possibilidade decorre do Princípio da Verdade Real, cuja função é legitimar uma maior liberdade de atuação ao Estado, quando no exercício de sua pretensão punitiva, face à relevância dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Assim, somente se justificaria a aplicação de uma sanção ao indivíduo cuja responsabilidade criminal estivesse esgotadamente comprovada, para tanto servindo a iniciativa instrutória do julgador de reproduzir, o mais precisamente possível e superando eventual desídia das partes, a veracidade dos fatos objetos da relação processual-penal.

Observou-se, porém, que a noção de ‘verdade’ é fugidia, pertencente ao passado, e por isso mesmo chega a ser utópico buscar a idêntica reprodução de fatos cuja ocorrência já se encontra na história.

Alertou-se, ainda, quanto à origem inquisitória, pouco garantista da noção de ‘*verdade real*’, a qual, consoante alguns doutrinadores, serviu de justificativa teórica a excessos investigativos praticados pelo ente estatal há não muitas décadas, inclusive já sob a égide do atual Código de Processo Penal.

De outro lado, aquiescendo a ideia de servir a sanção criminal como instrumento último de proteção aos bens ímpares da coletividade, buscou-se enfatizar a diferença de atuação do juiz penal para com relação ao juiz cível, admitindo àquele, de maneira crítica, uma maior margem de atuação.

Daí, conquanto se afirme a relevância do valor ‘certeza’ no Processo Penal, assentou-se a imperiosidade de comedir a utilização do Princípio da Verdade Real, evitando venha este a servir de mote a uma nefasta confusão entre polo acusador e polo julgador.

Com efeito, parece não haver mais espaço, hodiernamente, à figura do juiz enquanto investigador independente, que suplanta de modo indiscriminado manifestações ou omissões parciais, recolhendo ele próprio as provas da infração delituosa.

E tal espaço parece não mais existir, justamente em considerando o suporte axiológico da Constituição Federal, a positivar a ideia de equilíbrio na relação processual, consistente na divisão de ônus acusatório e defensivo, por meio da composição tripartite do processo: autor, réu e julgador imparcial; e a pontuar a presunção de inocência do acusado, ordenando que lhe beneficie qualquer dúvida anterior à condenação definitiva.

Quanto à maior liberdade de atuação do juiz criminal, realizou-se estudo acerca das hipóteses legais que autorizam o exercício de uma iniciativa instrutória oficiosa do magistrado, com especial destaque aos incisos do art. 156, do Código de Processo Penal.

Enfatizou-se, então, a existência do poder-dever do magistrado de produzir prova para dirimir dúvida sobre ponto relevante, assim entendida, de maneira ampla, a situação em que o julgador não detém certeza à prolação de sentença condenatória.

Asseverou-se que a superação de eventual dúvida poderia resultar na colheita de elemento probatório desfavorável ao acusado, o que somente figurava legítimo se voltado a investigar a credibilidade da prova já produzida pelo polo acusatório – iniciativa instrutória – e não a colher prova que deveria ter sido obtida pela acusação – iniciativa acusatória.

Em seguida, discutindo o Princípio do *in dubio pro reo*, trouxeram-se parâmetros à conceituação da dúvida no processo penal e à aplicação principiológica, diferenciando-lhe do mandamento inserto ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Com efeito, a ausência de certeza à condenação não se confunde com a ausência de provas para tanto, embora ambas resultem em mesma consequência jurídica.

Em efeito, não deter certeza à condenação significaria ao juiz poder trilhar o caminho condenatório ou absolutório, impondo a lei este último seja eleito (*favor legis*); ao passo que a ausência de provas, por critério lógico, e não por favor legal, somente abriria único caminho ao magistrado: o de julgar improcedente a pretensão punitiva e, pois, absolver.

Firmado o contexto idôneo à incidência do brocardo *in dubio pro reo*, assentou-se que a dúvida, tida como benéfica ao acusado, há de ser insuperável, sob pena de um estado contornável de ausência de convencimento do magistrado servir de óbice ao exercício da pretensão punitiva estatal.

No ponto, observou-se que exigir a insuperabilidade da dúvida não significa autorizar a iniciativa oficiosa de o juiz instruir a ação penal, mesmo ao arrepio de manifestações do polo acusatório.

Assim, ainda que solucionável o estado de dúvida, não pode o julgador ordenar a colheita de elemento probatório cujo ônus de produção assista ao polo acusador, ante o risco de se retomar um modelo inquisitório de processo, justificado por uma autoritária utilização do Princípio da Verdade Real.

É que a feição ativa do julgador não contempla ônus probatório quanto às alegações da acusação. Contempla, sim, ônus instrutório, isto é, voltado não a fazer prova de algo, mas, sim, a aferir a qualidade, a idoneidade da prova já produzida pelo polo acusatório.

De outra feita, no tocante à suplementação do ônus probatório afeto ao polo defensivo, mostra-se razoável admiti-la mesmo por iniciativa oficiosa do julgador, eis que este há de zelar diuturnamente pelos direitos fundamentais do indivíduo.

Não bastasse, ao assegurar o direito à ampla defesa e o direito a ter presumida sua inocência, a Constituição Federal restou por outorgar ao acusado uma condição processual mais favorecida em relação à acusação, merecendo amparo por parte do Estado.

Pode-se, portanto, perfeitamente compreender que, se, de um lado, não é qualquer dúvida que enseja a aplicação do *in dubio pro reo*; de outro, não pode a simples inércia da defesa técnica justificar a imposição de uma sanção criminal ao indivíduo.

Daí, havendo real possibilidade de demonstração da inocência (ou mesmo de circunstância atenuante favorável) do (ao) acusado, deve o magistrado ordenar *ex officio* a colheita probatória, permitindo-se uma ligeira aproximação entre os polos defensivo e julgador, sem comprometer a imparcialidade deste.

De modo objetivo, concebe-se o magistrado como um potencial perseguidor de provas da inocência do réu, ideia bastante harmônica ao Princípio da Presunção de Inocência, não devendo proferir condenação, senão quando reunidas, por iniciativa do polo acusatório, elementos bastantes acerca da responsabilidade criminal do indivíduo – idôneos a afastar a situação jurídica de inocência de denunciado.

Em arremate, se o almejado é um Processo Penal de partes, de traço acusatório marcante, faz-se indispensável enfatizar ao máximo o ônus de prova do polo acusador, somente se tomando a superação da dúvida de modo desfavorável ao denunciado quando a mesma versar sobre elemento de prova já trazido pela acusação.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal** - Versão Universitária - 1ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Vol. 4 - Parte Especial - 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 out. 2013.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.690**, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**, publicada no Diário da Justiça de 12/12/1969, p. 5997. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0523.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105.270**. Paciente: Miller dos Santos Machado. Impetrante: Luiz Flávio Borges D'Urso. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 225, de 28 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 113.976/SP**. Paciente: Charles Robert Dezero. Impetrante: Luiz Carlos de Arruda Camargo. Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 09 de agosto de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.227/MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Giovani de Souza dos Reis. Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 817.058/RJ**. Recorrentes: Ricardo Moreira de Carvalho e Ministério Público Federal do Rio de Janeiro. Recorridos: Ricardo Moreira de Carvalho e Ministério Público Federal do Rio de Janeiro. Advogada: Gisele Valle de Carvalho. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 25 de junho de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Criminal nº 10.154/PE**. Apelante: Ministério Público Federal de Pernambuco. Apelado: Sérgio Moisés Gama Carnaúba. Advogado: Antônio Carlos Freitas M. de Gouveia. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico (TRF5) de 22 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Criminal nº 8.094/RN**. Apelante: Ministério Público Federal do Rio Grande do Norte. Apelada: Thanara Brenna da Silva Galvão. Advogado: Cyrus Alberto de Araújo Benavides e outro. Relatora: Desembargadora Federal Convocada Cíntia Menezes Brunetta. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico (TRF5) de 08 de agosto de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. IV – 6ª Ed.** Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal – 7ª Edição**, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos. **Teoria Geral do Processo – 26ª Ed.** São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 11ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. **Revista da Faculdade de Direito, Curitiba/PR**, n.27, p.37-60, 1992/1993.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. I. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional – 4ª Edição**, Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Processo Penal como instrumento de democracia. Jus Vigilantibus**, Vitória, [S.l], [20--]. Disponível em: <buscaLegis.ufsc.br>. Acesso em: 06 nov. 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal - 15ª Ed.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. **Curso de Direito Processual Penal - 8ª Ed.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988.

_____. **Manual de Processo Penal**, 5ª Edição, revisada, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal – 1ª Ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.