

A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL E A LEI 11.690/2008

Júlio César dos Santos Hallmann¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os limites da atuação do juiz no processo penal, de acordo com as alterações relativas à prova introduzidas pela Lei 11.690/2008. Sua abordagem é qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental, e inicia descrevendo os sistemas processuais penais que surgiram ao longo do tempo – acusatório, inquisitivo e misto, com suas principais características e finalidades de cada momento histórico. Também, aborda o sistema penal adotado pelo Brasil e os princípios norteadores do processo penal, consoante a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, relacionando-os com o tempo de criação de cada diploma legal. Por fim, examina a possibilidade de o magistrado suprir de ofício eventual carência probatória nos autos do processo penal, concluindo-se pela interpretação de que ao juiz é lícita a determinação de provas e diligências desde que o material probatório seja produzido para o benefício do réu e que esteja afinado com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Sistemas Processuais Penais. Gestão probatória. Princípios. Lei 11.690/2008.

1 INTRODUÇÃO

A persecução criminal do Estado face ao indivíduo e a busca da verdade dos fatos sempre foram tema de discussões e estudos promovidos por filósofos e doutrinadores, em todos os momentos históricos vivenciados pela humanidade.

Atualmente, vige em nosso país a Constituição Federal de 1988 (CF), trazendo consigo importantes princípios democráticos, entre eles, o princípio da presunção de inocência (inc. LVII). De outro lado, o Código de Processo Penal (CPP), datado de 1941 e moldado sob a égide da Constituição de 1937, por vezes promove certas divergências com o ordenamento jurídico constitucional. Dentre elas, encontra-se a possibilidade da iniciativa da produção de provas ser determinada, de ofício, pelo órgão jurisdicional.

O nosso atual CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) sofreu significativas alterações no ano de 2008, em especial com a edição da Lei nº 11.690, de 09 de junho, que trouxe novamente a debate a questão da participação judicial na colheita do material probatório.

O estudo qualitativo trabalha com o exame da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado, ou seja, os limites da atuação do juiz criminal na instrução do processo penal (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2004), utilizando-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica (doutrina) e documental (legislação e jurisprudência). Dessa forma, o artigo inicia pela conceituação dos sistemas penais existentes na história, passando a analisar o regramento jurídico atual para que, ao término, se analise a legitimidade de dispositivos do CPP que permitem à autoridade judiciária ter a iniciativa ou não na determinação de diligências e de produção de prova.

¹ Acadêmico de Direito no Centro Universitário Univates. Os dados deste artigo são baseados na monografia de conclusão do Curso, defendida em jun/2009, orientada pela profa. Flávia Colossi Frey. julio_hallmann@hotmail.com

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Durante a história da humanidade, vários sistemas penais foram adotados pelas nações em diversos momentos, os quais se alternaram entre o sistema acusatório, inquisitório e o misto, mudando, por conseguinte, as características dos procedimentos penais e métodos de produção e gestão da prova para a avaliação dos fatos e condutas penalmente relevantes. Tais sistemas correspondem diretamente aos valores e princípios vigentes em cada época respectiva, mostrando a forma que o processo penal foi desenhado nos diversos períodos vividos pela humanidade.

2.1 Sistema acusatório

O sistema penal acusatório clássico tem sua origem na Grécia antiga, em que sua sistematização era caracterizada pela participação direta do povo tanto no exercício da acusação como no exercício jurisdicional, entre outras características ([LOPES JR., 2007](#)). Todavia, embora o povo participasse como julgador e acusador, estas funções eram bem definidas, separadas e com suas atribuições específicas, ou seja, quem acusava não julgava, e vice-versa. Entretanto, devido a algumas falhas estruturais - exigência de condições financeiras para o cidadão iniciar o processo e a inexistência de proteção aos populares que promoviam a persecução penal - os delitos começaram a ficar sem acusação, proliferando-se as impunidades e levando à queda do sistema ([ANDRADE, 2008](#)).

De outro lado, o sistema acusatório contemporâneo ressurgiu a partir do século XIX, moldado com a presença preponderante de um acusador público, com a separação entre o órgão acusador e o julgador, a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, a publicidade dos procedimentos, o princípio do contraditório e a possibilidade de recusa do julgador, entre outras ([NUCCI, 2008](#)). Neste sistema não há hierarquia entre as provas colhidas (prova tarifada), sendo que sua valoração pode ocorrer de forma subjetiva no momento em que o julgador prolatar a sentença. Isso faz com que não haja um direcionamento das partes na busca de determinados tipos de provas, pois todos os meios probatórios estarão em pé de igualdade na consideração do juiz.

No atual cenário mundial, vários países adotam o sistema acusatório, citando-se a Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Itália, entre outros. Assim, constata-se que este é um sistema que prima pelo respeito à pessoa do acusado, preocupando-se com a imparcialidade do julgador, com a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, bem como promovendo um consolidado sistema de garantias ao réu, que é tratado como um sujeito processual.

2.2 Sistema inquisitivo

Com o início da ruína do sistema acusatório clássico, os magistrados começaram, gradativamente, a invadir a esfera de atribuições dos acusadores privados, sobrevivendo, dessa forma, o sistema penal inquisitivo, no qual “se confundem as atividades do juiz e acusador, [...], o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado” ([LOPES JR. 2007, p. 63](#)).

O sistema inquisitivo prima pela celeridade dos julgamentos, restringindo ao máximo as garantias do acusado, pois seu objetivo precípuo era atingir uma verdade absoluta – mediante a confissão, preferencialmente - com a prolação de uma sentença temporalmente próxima ao crime investigado: “o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como consequência, a proteção de qualquer garantia substancial” ([DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 59](#)).

Com essa orientação, um modelo processual baseado no sistema inquisitivo tem como norte apurar os fatos a qualquer custo, falecendo ao acusado qualquer relevância processual, sendo tratado apenas como um meio de se extrair a verdade.

Com a concentração de poder nas mãos do juiz-inquisidor, este tinha plenos poderes de iniciar a persecução penal, promover a acusação, investigar os fatos, sentenciar o acusado e, por fim, promover a execução da pena ([LOPES JR., 2007](#)).

No que se refere à produção da prova, o sistema inquisitório adota o princípio inquisitivo, onde há a prescindibilidade de um acusador distinto do juiz, bem como a gestão da prova é atribuição do julgador que, assumindo postura ativa na confecção do conjunto probatório, ignora o contraditório com o comprometimento da imparcialidade.

De outra banda, neste sistema ocorre a hierarquia entre as provas (prova tarifada), pois há uma valoração prévia e objetiva entre as provas produzidas. Conforme Andrade (2008, p. 372), a confissão do acusado “era a prova que tinha mais valor no processo”, ao passo que o testemunho ocupava o grau mais baixo de valoração. Assim, mesmo se houvesse um conjunto probatório que favorecesse o réu, em havendo confissão esta prevaleceria sobre as demais provas, haja vista o nível de importância que o sistema lhe conferia.

Esse sistema vigorou até o início do século XIX e foi à falência devido ao seu rigor excessivo aliado ao comprometimento da imparcialidade dos julgadores; neste cenário, ocorreu a Revolução Francesa, trazendo consigo princípios de valorização do ser humano e movimentos filosóficos que gradualmente retiraram do mundo jurídico as características do sistema inquisitório ([LOPES JR., 2007](#)).

2.3 Sistema misto

O sistema penal misto, também denominado de sistema reformado ou napoleônico, teve seu nascedouro após a Revolução Francesa, trazendo em seus fundamentos a junção das características do sistema inquisitório e acusatório.

Da mesma maneira que ocorreu a transição do sistema acusatório clássico para o inquisitivo, a sociedade da época estava descontente com este último sistema, marcado pelas desumanidades e frequentes erros judiciais, motivo pelo qual foram resgatados os valores de igualdade, tolerância religiosa e extinção da tortura com o movimento conhecido como Iluminismo ([ANDRADE, 2008](#)).

O sistema penal misto, ou sistema reformado, agrega elementos dos sistemas acusatório e inquisitório, compreendendo as fases de instrução e julgamento: a primeira tendo por objeto a investigação do crime, marcada pelo sigilo, e a segunda contendo a publicidade e o contraditório ([MOSSIN, 1998](#)).

Calha trazer à baila a lição de [Lopes Jr.](#) (2007, p. 70), afirmando que “a divisão do processo em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e a acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter ‘misto’”.

Ambas as fases são presididas por magistrados, sendo que o sistema foi pensado para resolver os problemas verificados nos modelos anteriores:

A impunidade do sistema acusatório seria solucionada em razão do modo como o sistema misto autorizaria o início de seu processo punitivo [...], e a perda de imparcialidade do

jugador – presente no sistema inquisitivo – seria mitigada com a presença obrigatória de um acusador distinto do juiz (princípio acusatório). ([ANDRADE, 2008, p. 438](#))

Todavia, há autores que negam a existência do sistema penal misto, haja vista ser originário dos sistemas vigorantes (acusatório/inquisitivo), não podendo ser classificado como um terceiro sistema por não possuir autonomia. Para [Thums](#) (2006, p. 231), “o sistema misto certamente não é um sistema, mas um amontoado de regras”. Da mesma forma, Coutinho *apud* [Andrade](#) (2008) relata que tanto o sistema acusatório quanto o inquisitivo possuem um princípio unificador, o que não acontece com o sistema misto, o que revelaria a inexistência deste como sistema autônomo.

Atualmente, Espanha e França são exemplos de países que adoraram o sistema misto.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal e a legislação ordinária (CPP) trazem em seu conteúdo garantias e princípios relacionados ao processo penal, que norteiam a atuação de todos os operadores jurídicos que atuam direta ou indiretamente nesta área processual. Assim, cabe analisar os princípios mais intimamente ligados à questão da gestão probatória, buscando subsídios para o desenvolvimento do tema.

3.1 Princípio do estado de inocência

O princípio do estado de inocência, ou da presunção de inocência, como também é denominado pela doutrina e jurisprudência, vem expressamente descrito na CF/1988, art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sob este prisma, [Moraes](#) (2006) destaca que o princípio em questão forma a base de um Estado de Direito, pois reveste-se de importante garantia processual penal que visa à tutela da liberdade dos cidadãos, contendo o arbítrio estatal e atribuindo a este o ônus de provar a culpabilidade do acusado. O que o princípio veda é a invasão desvinculada de elementos legais e com meandros autoritários do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, posto que tal conduta não pode ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

Na lição de *Illuminati apud* [Andrade](#) (2008, p. 221), “a presunção de inocência pode ser entendida sob uma dupla visão: ao mesmo tempo, ela é uma regra probatória ou de julgamento, e também uma regra de tratamento ao acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo”.

Assim entendido, o princípio irradia seus efeitos para duas vertentes: a primeira, com relação à forma de consideração do indiciado ou réu desde o início da persecução penal, que não poderá sofrer tratamento como se condenado já estivesse; a segunda, diz respeito ao ônus probatório, aplicando-se o julgamento de absolvição em caso de insuficientes provas incriminatórias. Em suma, o réu tem a seu favor o princípio do estado de inocência, não vindo em seu desfavor eventual inatividade nos autos; todavia, lhe pertence o ônus probatório em relação aos fatos por ele alegados em juízo.

3.2 Princípio da busca pela verdade real

O princípio em tela está presente em vários dispositivos do Código de Processo Penal, bem como de sua exposição de motivos, de onde se depreende a notória inserção deste princípio na regência da orquestra processual penal. A título de exemplo, ressaltam-se os artigos 156, 209, 234 e

616 do CPP, em que é prevista a possibilidade da participação do órgão judiciário na elucidação dos fatos em julgamento.

Nucci (2008, p. 105, 106) relata que o princípio da busca pela verdade real traz ao magistrado o dever de “buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. Indo além, afirma o dever do magistrado em ser um “co-partícipe na busca dos elementos probatórios”.

Tal princípio incontestavelmente legitima o juiz a não manter uma postura passiva perante as provas que lhe são apresentadas, de modo que, entendendo necessário, pode agir de ofício na busca de elementos que venham a elucidar o fato posto em questão, tendo em vista o interesse público.

Em consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a 6ª Turma assevera a plena validade do princípio em questão (REsp 174.290/RJ, DOU 03/10/2005), em que o Ministro relator Hélio Barbosa destaca em seu voto que “é assente na doutrina pátria que o magistrado, sob o amparo do princípio da busca da verdade real, pode tomar a iniciativa de determinar a produção de prova que entenda indispensável para a formação do seu convencimento”.

Em sentido contrário ao exposto, a 5ª Câmara Criminal do TJ/RS nega validade ao princípio da busca pela verdade real, como se afere do excerto abaixo colacionado:

[...]. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. VÍTIMA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DA PROVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 1. **A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório:** a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara. [...]. (Apelação Crime Nº 70022266498, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 12/03/2008) (grifo nosso).

Thums (2006, p. 192) corrobora o entendimento acima, afirmando que a verdade real não pode ser alcançada em virtude das limitações humanas, pois “o juízo será sempre de probabilidades e não de certeza, de verdade absoluta, por maior que seja o número de testemunhas ou provas sobre um evento”. E esta é uma tendência atual: aceitar que a verdade real não pode ser um fim em si mesmo, atingível a qualquer custo, de modo que se estaria subvertendo os princípios basilares da ordem democrática; ainda, a verdade em caráter absoluto nunca será atingida pela instrução processual, pois a percepção humana dos acontecimentos tem caráter momentâneo e eminentemente subjetivo, mormente quando a instrução judicial é realizada após longo tempo do fato investigado.

Assim, a verdade real deve ser encarada como a verdade possível ante o ordenamento jurídico, ou seja, a verdade estampada nos autos de acordo com um conjunto probatório que atenda aos princípios constitucionais.

3.3 Princípio da proporcionalidade

À luz do resumo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais expostos até o momento, é clara a constatação de um conflito (aparente) entre o princípio do estado de inocência, previsto na Constituição Federal, e o princípio da busca pela verdade real, previsto no Código de Processo Penal. E é exatamente neste ponto que se traz à colação o princípio da proporcionalidade.

[Ávila](#) (2007) refere que o princípio da proporcionalidade é aplicado em momentos em que há um descompasso entre dois elementos, quando há a necessidade de se proceder ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade tem em sua essência uma natureza valorativa e axiológica, que provém dos conceitos de moderação, equidade e bom senso, sendo especialmente aplicado quando há, no caso concreto, eventual colisão entre princípios constitucionais, objetivando-se uma máxima efetividade concomitante com uma mínima restrição ([LENZA, 2009](#)).

É árdua a tarefa de delinear o modo de agir desta base principiológica, pois não há como se formular um roteiro de aplicabilidade, tendo em vista que, sendo um princípio, sua interpretação e aplicação é eminentemente subjetiva e voltada a cada situação fática posta à sua apreciação.

Nessa linha, [Alexy](#) (2001, p. 89) retrata que:

[...] cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.

O princípio do estado de inocência tutela a liberdade do cidadão contra os atos autoritários do Estado. De outro lado, o princípio da busca pela verdade real tutela o interesse da coletividade, que prima por uma efetiva aplicação dos mandamentos legais. Disso se extrai que, por tutelarem bens jurídicos diversos, a proporcionalidade em sentido estrito se revela no sopesamento entre dois princípios que se encontram em conflito no caso concreto.

Assim, tendo o princípio da proporcionalidade a função de sopesar princípios colidentes, ao magistrado cabe a atribuição de analisar o contexto do caso concreto para que, de acordo com o ordenamento jurídico, possa dirigir seus atos visando à entrega jurisdicional esperada de um Estado Democrático de Direito. Para isso deve atribuir maior ou menor valoração aos princípios do estado de inocência e da busca pela verdade real, empunhando em sua atuação o princípio da proporcionalidade.

4 A GESTÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

A questão acerca da possibilidade da iniciativa probatória pelo juiz no processo penal é polêmica no meio doutrinário e jurisprudencial. Assim, passa-se a dissecar este ponto específico do processo penal de acordo com o atual ordenamento jurídico e seus princípios regentes.

4.1 Iniciativa do Estado-juiz na produção da prova

Da redação do art. 156 do CPP, fica claro que o ônus primário da prova compete às partes: Ministério Público (ou ofendido) e réu. Todavia, este ônus não tem caráter absoluto, pois o inciso II desse artigo faculta ao juiz uma atividade supletiva, subsidiária à atuação das partes. Em relação a este dispositivo, Badaró (2008, p. 38) afirma não haver incompatibilidade entre o ônus da prova conferida às partes com o poder instrutório do juiz, sendo lícito ao sistema acusatório dotar o magistrado de tal faculdade, pois “permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito, quanto para as questões de fato”.

Nessa esteira, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento de apelação criminal da defesa, manifestou-se no sentido de caber ao juiz empreender diligências, subsidiariamente, em caso de omissão do parquet:

PROCESSO PENAL. PECULATO. OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. INTIMAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. ÔNUS PROBATÓRIO DO PARQUET. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. DILIGÊNCIAS. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. [...]. 4. Em nome do princípio da verdade real, o julgador pode requerer, ex officio, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156 do CPP). Contudo, sob pena de ferir a imparcialidade exigida pelo sistema processual acusatório, não pode solicitar a produção de prova sobre a própria existência do delito, muito menos após encerrada a fase instrutória, em recurso exclusivo da defesa. (Apelação Criminal nº 2000.70.01.001840-4/PR, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator: Élcio Pinheiro de Castro, Julgado em 03/08/2005).

Este, também, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA. 1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. **Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas.** (CPP, art. 156). (STF, RHC 88.320/PI, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, julgado em 25/04/2006) (grifo nosso).

Se, por um lado, a CF/1988 ergueu-se sobre o modelo acusatório, o CPP adotou o princípio da verdade real, de maneira que “embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória [...], também não é correto que assuma uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes” ([AVENA, 2008, p. 156](#)).

[Nucci](#) (2008, p. 394) entende perfeitamente válidos os dispositivos do CPP que autorizam o juiz a determinar a produção de provas, discorrendo que “em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso”.

Em sentido contrário e atacando frontalmente o art. 156 do Estatuto Penal Adjetivo, Lopes Jr. (2007) comenta que:

[...] dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.

Corroborando a interpretação supra colacionada, o TJ/RS afirmou expressamente que o art. 156 (CPP) agride frontalmente o art. 129, inciso I, da CF/1988, haja vista que este teria legitimado privativamente o MP para a promoção da ação penal pública e para a gestão da prova penal:

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO. - **O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I** (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual

democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga - não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador. [...]. (Apelação Crime Nº 70006183826, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/05/2003) (grifo nosso).

[Lopes Jr.](#) (2007, p. 73) dispõe que “deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade”, alertando que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz criminal pode caracterizar o que chama de “quadro mental paranóico”, haja vista que o juiz que decide produzir material probatório já antecipadamente toma uma decisão, de modo que, após, se direciona a colher provas que justifiquem sua decisão, abrindo-se, dessa forma, a possibilidade do juiz primeiramente decidir e, só após, diligenciar nas provas que sustentem sua pré-decisão.

De modo geral, a doutrina garantista pugna pela aplicação do princípio do estado de inocência como regra de julgamento, asseverando que o magistrado não deve se imbuir no esclarecimento de fatos e dúvidas, assumindo postura ativa no processo, mas sim absolver o acusado por insuficiência de provas, mantendo sua imparcialidade.

Todavia, não se pode olvidar que a pacificação social, objetivo fundamental das normas jurídicas, passa por um delicado equilíbrio entre as garantias asseguradas ao acusado e a eficácia do sistema, no caso, penal. Assim, este frágil equilíbrio somente é atingido quando há um refreamento do uso arbitrário do poder combinado a uma eficácia mínima do processo penal, de modo que não se apregoe a máxima reprimenda do sistema nem o garantismo exacerbado.

Sobre o assunto, [Muccio](#) (2003, p. 175) pesa os bens jurídicos envolvidos no processo, destacando o interesse social em ver a efetividade da norma penal a uma insuficiente instrução do feito:

Ao Estado não interessa a condenação de um inocente, fruto da negligência ou omissão de sua defesa, mas também não interessa à sociedade a absolvição de um culpado; muito menos que o resultado de um processo criminal resulte da pura astúcia ou esperteza de uma das partes em detrimento da outra, se perceptível ao juiz.

Entretanto, em que pese o caráter geral do art. 156, do CPP, há vários dispositivos espalhados no diploma processual que legitimam o magistrado, em casos específicos, a assumir uma postura ativa na colheita das provas, tendo em vista a busca da verdade real. Entre eles, cita-se o art. 209 que possibilita ao magistrado a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes; o art. 234 que legitima o magistrado a diligenciar na busca de provas documentais que tenham relação com as teses acusatórias ou defensivas, mesmo sem solicitação das partes, e o art. 616 que permite ao Tribunal, em sede de recurso, determinar diligências ou proceder novamente à oitiva de testemunhas para esclarecimento de pontos controvertidos.

Paralelo a esses aspectos, não há dúvida de que o CPP deve ser interpretado e filtrado pela Constituição Federal, norma hierarquicamente superior. Dessa forma, Moraes (2006, p. 11) ressalta que “a presunção de constitucionalidade das leis [...] exige que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal”.

Disso se conclui que as divergências acerca da instrução probatória *ex officio* pelo juiz criminal resolvem-se procedendo à interpretação da norma infraconstitucional de acordo com o estabelecido na Constituição. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade nesta questão, o magistrado deverá sopesar as garantias expressamente descritas na Constituição no caso concreto, devendo harmonizar

os suportes principiologicos construídos por esta, a fim de que não haja enfraquecimento do sistema.

4.2 Iniciativa jurisdicional e a absolvição do réu

Ao absolver o acusado da imputação feita pelo órgão do Ministério Público, ou pelo querelante, o magistrado deve fundamentar sua decisão com fulcro no art. 386 do CPP, mencionando no dispositivo sentencial em qual inciso se apóia; esta indicação ganha relevância na medida em que a decisão poderá, ou não, gerar consequências jurídicas na esfera cível para o acusado, de forma que seu interesse vai além do binômio condenação/absolvição.

Em análise a este dispositivo, visualiza-se que o mesmo é composto por sete incisos:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Exemplificando, o inciso IV - incluído pela Lei. 11.690/08 afirma contundentemente a absolvição do réu pela existência de provas inequívocas de não ter ele concorrido para a prática do delito. Nesse sentido, [Távora e Alencar](#) (2009, p. 186) ressaltam que “fica clara a possibilidade de absolver pela certeza da negativa de autoria, o que por consequência, irá trancar as portas da ação indenizatória”. Tal entendimento é corroborado pelo art. 935 do Código Civil.

De outro lado, o inciso VII do art. 386 trata da absolvição por insuficiência de provas carreadas aos autos. Assim, uma sentença absolutória fundada neste inciso apenas menciona que não há um conjunto probatório sólido que enseje uma condenação; todavia, “não impossibilita a ação civil para a reparação do dano” ([DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 488](#)).

Assim, uma postura ativa do juiz na colheita da prova pode vir a alterar o fundamento da absolvição. Por exemplo, se num determinado processo crime há fracos indícios probatórios de o réu ser culpado pelo crime narrado na denúncia, a consequência lógica é a absolvição do réu com fundamento no art. 386, inciso VII. Ou seja, o magistrado apenas estará declarando que não houve robustez suficiente nas provas a fim de condenar o acusado.

No entanto, tomando-se como exemplo a mesma situação, em havendo íntima convicção do juiz acerca da inocência do réu, poderia o julgador se utilizar das faculdades conferidas pela legislação infraconstitucional e determinar uma diligência que venha em benefício do réu, comprovando materialmente sua inocência. Dessa maneira, o conjunto probatório ofertaria ao magistrado o substrato necessário para absolver o acusado – por exemplo - com fulcro no inciso IV do art. 386, vetando eventual ação cível e retirando dos ombros do réu um “rótulo” de “não-culpado”. Dessa maneira, estar-se-ia aplicando os princípios antes ventilados, buscando uma maior eficácia dos institutos combinado a uma mínima restrição.

5 CONCLUSÃO

Da análise expendida é cabível se direcionar ao entendimento de que o caminho mais apropriado é a interpretação do Código de Processo Penal em consonância com os princípios insculpidos na Carta Política de 1988.

Com esse olhar, denota-se que a interpretação aplicável é no sentido de que ao juiz é lícita a determinação de provas e diligências no processo penal, desde que o material probatório seja produzido para o benefício do réu.

Assim, dissecando-se o art. 156, CPP frente ao ordenamento constitucional vigente, tem-se que não cabe outra interpretação deste dispositivo a não ser a possibilidade de produção probatória ex-officio pelo juiz somente nos casos em que tenha a convicção da inocência do acusado.

Tal interpretação vem ao encontro do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto (CF/1988, art. 1º, III), pois não haveria prejuízo ao acusado se fosse produzida determinada prova ou diligência ex-officio que viesse em seu favor. Ao contrário, com o fortalecimento do conjunto probatório em favor do réu, tanto mais poderá o julgador, ao proferir sua sentença, absolver o réu por inexistência do fato, ou por estar provado que este não concorreu para o delito imputado, caso em que estaria se aplicando o princípio do estado de inocência com o princípio da busca pela verdade real, ambos manejados pelo princípio da proporcionalidade.

Nessa senda, buscando um sentido constitucional para os dispositivos que autorizam o magistrado a determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, tem-se que, além do princípio do estado de inocência, deve-se ressaltar, também, o princípio da dignidade humana, pois um cidadão acusado inocentemente não deve ser absolvido com fulcro no inciso VII do art. 386, gerando, além da condição estigmatizante de “não-culpado”, uma possibilidade de que este venha a ser acionado na esfera cível, gerando outra série de transtornos a quem não cometeu nenhuma infração à lei.

Entretanto, o tema é bastante polêmico, considerando se tratar da restrição de um direito individual de primeira geração/dimensão, qual seja, a liberdade. Não há, aqui, qualquer pretensão de se esgotar o tema tratado, mas, sim, retroceder historicamente a fim de buscar as origens das normas que vigem atualmente e, dessa maneira, compreender a forma como as disposições normativas estão postas a regular a semântica normativa.

Vários são os aspectos relacionados ao tema em questão, cabendo aos operadores jurídicos interpretar sistematicamente a legislação em consonância com a ordem constitucional e a constante evolução da sociedade, com a máxima efetivação da almejada justiça, tendo em vista que outro não é o desejo dos cidadãos da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. [1](#)

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. [1](#) [2](#) [3](#) [4](#) [5](#)

AVENA, Norberto Cláudio **Pâncaro**. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008. [1](#)

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007. ①

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 174.290. Sexta Turma. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 13 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800347925&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas-Corpus nº 88.320. Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de abril de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RHC\\$.SCLA.%20E%2088320.NUME.\)%20OU%20\(RHC.ACMS.%20ADJ2%2088320.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RHC$.SCLA.%20E%2088320.NUME.)%20OU%20(RHC.ACMS.%20ADJ2%2088320.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 16 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº2000.70.01.001840-4/PR. Oitava Turma. Relator: Élcio Pinheiro de Castro. Porto Alegre, 03 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=504187&hash=ab13a0f27d408ab43602da283a590f3b>. Acesso em 08 fev. 2009.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001. ① ②

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009. ①

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. ①

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. t. 1. [1](#)

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: HM, 2003. [1](#)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. [1](#) [2](#) [3](#)

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70006183826. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 28 maio 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 06 fev. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70022266498. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 mar. 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 06 fev. 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2009. [1](#)

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. [1](#) [2](#)

