



Gustavo Junqueira

# APONTAMENTOS SOBRE A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

## *SOME NOTES ON THE PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE CONCERNING CRIMINAL PROCEDURE*

Frederico Valdez Pereira

### **RESUMO**

Aborda alguns balizamentos constitucionais à regulação legislativa da iniciativa probatória do juiz no interior do processo penal. Analisa possíveis relações da inserção de alguma prova de ofício com o convencimento do julgador, bem como com os *standards* jurídicos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Processual Penal; iniciativa – probatória, instrutória; juiz; prova de ofício; processo penal; *in dubio pro reo*.

### **ABSTRACT**

*The author addresses some constitutional guidelines to legislative rules regarding the probative initiative of the judge in the scope of criminal procedure. He assesses some possible interaction among the introduction of some written proof and the judge's persuasion, as well as the legal institutes of the presumption of innocence and the *in dubio pro reo*.*

### **KEYWORDS**

*Criminal Procedural Law; probative – initiative, investigation; judge; written proof; criminal procedure; *in dubio pro reo*.*

## 1 INTRODUÇÃO

Tema de constante preocupação doutrinária, encontrando apreciações bastante antagônicas, a matéria a respeito das faculdades do juiz na produção probatória no interior do processo penal adquiriu maior relevo na processualística a partir da constatação de que a opção a ser feita por um ou outro sistema importa bem mais do que mera questão de técnica processual. Trata-se, antes, de contraposição ideológica entre modelos de administração da justiça, e que se assentam, sinteticamente, na visão acerca da natureza privada ou publicística do processo e nas funções conferidas ao julgador perante a condução dos interesses em litígio.

Mais amplamente, a atividade desempenhada pelo juiz no processo penal, ou a atuação que se espera do julgador diante das partes e aos interesses em juízo, depende antes de se correlacionar o juiz com o contexto processual característico dos ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos ou romano-germânicos, de modo a precisar a conjuntura e os princípios inspiradores decorrentes dos dois sistemas básicos de influência sobre os principais modelos processuais ocidentais.

re um desses objetivos como primordial no processo penal; acaso considere que o primeiro conjunto de valores é o mais relevante, mesmo que não desconsidere os demais, a tendência na abordagem dos temas do processo penal será diferente daquele estudioso, jurista ou intérprete que colocar o terceiro conjunto de valores como preponderante diante dos demais.

Ao tratar do tema, portanto, é indispensável reconhecer, à partida, estar-se em um espaço de amplas controvérsias, de modo a afastar algum risco de resvalar em excessivas simplificações, que tendem apenas a falsificar as complexidades inerentes aos temas do processo penal, bem como evitar a desconsideração dos valores e objetivos em tendente oposição no processo penal.

## 2 ALGUNS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS ÀS OPÇÕES LEGISLATIVAS NO TEMA DA INICIATIVA PROBATÓRIA DE OFÍCIO

Sinteticamente, pode-se extrair de princípios e valores presentes no ordenamento jurídico que a matéria objeto do processo penal, a *res iudicanda*, é indisponível. Há uma clara indicação na

processo e a instrução probatória não se tornariam disponíveis em decorrência de redução na possibilidade de controle da vedação originária à disposição no processo. No máximo, se reconheceria o evidente enfraquecimento da força valorativa da indisponibilidade da *res iudicanda*, a partir do momento em que se extinguisse qualquer hipótese de controle pelo magistrado.

Nessa vertente primária, o objeto do processo penal permaneceria sendo indisponível, ou em outras palavras, não deixaria de sê-lo pela simples alternativa legal contrária à dinâmica probatória *ex officio*; manter-se-ia a obrigação do Ministério Público de, ausente norma legal em sentido inverso, propor a ação penal quando presentes indícios para tanto, bem como exercer os atos de prova necessários a assegurar, no processo, a indisponibilidade do material probatório<sup>1</sup>. Caberia ao órgão de acusação, e somente a ele, garantir e assegurar a observância do princípio da indisponibilidade; para preservar unicamente a imparcialidade do juiz, retirar-se-ia qualquer possibilidade de efetuar controle sobre a concreção da inalienabilidade da operosidade probatória, atribuindo tão somente ao Ministério Público o impulso e controle sobre a indisponibilidade da *res iudicanda*.

Tal interpretação afetaria apenas aos contendores toda a responsabilidade processual pela realização e controle da efetiva indisponibilidade, o que deveria pressupor a previsão da aplicação de sanções funcionais ao órgão do Ministério Público acaso descursasse da sua obrigação de velar pela concretização integral das possibilidades probatórias direcionadas à reconstrução dos fatos, ao esclarecimento das responsabilidades, e à punição dos culpados<sup>2</sup>. A questão principal, portanto, estaria na inexistência de norma constitucional impondo que o controle da observância da indisponibilidade do objeto do processo penal deva ser assegurado supletivamente pelo juiz, e uma lei que expungisse essa possibilidade não poderia ser reputada inconstitucional ou ilegítima.

Não obstante, ao contrário disso, concorda-se com a tendência que considera se tratar de expediente necessário à preservação da indisponibilidade do objeto do processo e à pesquisa da justiça a previsão de iniciativa judicial em matéria de prova, como forma de afastar fontes identificáveis

### *Há uma clara indicação na normativa constitucional da impossibilidade de se atribuir ao processo penal um princípio de disponibilidade, o que se refletirá, também, na regulação da atividade probatória em juízo.*

Nesses termos, parece imanente a ausência de harmonia quanto a temas relevantes do processo penal. Na introdução de sua obra sobre a epistemologia legal, Laudan (2008) refere à existência de três grupos de valores que orientam os sistemas criminais: a) a busca da verdade, objetivando reduzir falsos julgamentos; b) questionamento sobre que tipo de erro seria menos gravoso, e a maneira menos custosa de distribuir esses erros em juízo; c) o enfoque do terceiro conjunto de valores já não estaria direcionado aos erros judiciais, mas a outros valores importantes, como o uso eficiente de recursos econômicos e/ou a proteção dos direitos e garantias de quem é acusado da prática de crime.

Dessa rápida perspectiva se percebe porque há e sempre haverá distintas posições quanto aos temas do processo penal. Bastará que o intérprete conside-

normativa constitucional da impossibilidade de se atribuir ao processo penal um princípio de disponibilidade, o que se refletirá, também, na regulação da atividade probatória em juízo. Reconhecer iniciativa instrutória supletiva *ex officio* é uma forma de inserir reforço ao controle da indisponibilidade da matéria tratada no rito penal, e, de algum modo, ressaltar também a importância desse princípio no sistema penal.

A primeira questão a se propor é se incidiria vício constitucional de ilegitimidade acaso houvesse opção legislativa direcionada a impedir iniciativa judicial em matéria de prova.

Uma primeira avaliação possível, raciocinando em espaço de argumentação razoável, entenderia que tal opção do legislador, a par de censurável, não poderia ser taxada de inconstitucional, pela simples razão de que o objeto do

e identificadas de incerteza em pontos relevantes ao julgamento da causa<sup>3</sup>. A presença do órgão oficial do Estado, o acusador público, no processo, afasta a afirmação de que a imposição de absoluta passividade do julgador implique necessariamente conceber uma privatização do processo penal, a oficialidade, aparentemente, aparta consideração desse gênero.

Por outro lado, retirar qualquer atuação probatória do juiz, ou, em última análise, eliminar o controle judicial sobre a indisponibilidade probatória significaria assegurar um espaço de discricionariedade do Ministério Público, por retirar toda possibilidade de correção endoprocessual de displicência na preservação de interesses públicos não disponíveis. A expansão do espaço de discricionariedade, de fato, do MP seria ainda maior a partir do momento em que, embora vigente o princípio da obrigatoriedade, bastaria ao órgão de acusação ingressar com a inicial acusatória e, em seguida, permanecer passivo no que deveria ser uma busca judicial de comprovação da imputação, sem que os rumos pudessem ser controlados pelo julgador inerte. Conforme já foi dito, não se pode conceber um princípio dispositivo sequer no plano probatório *perché ciò significherebbe rendere disponibile, indirettamente, la stessa res iudicanda*<sup>4</sup>.

Para além disso, a primeira linha interpretativa teria por consequência nefasta – o que não ocorre nesta segunda vertente eleita – a impossibilidade de o órgão jurisdicional exercer alguma complementação na matéria probatória a favor do acusado, sob a justificativa de preencher lacuna sobre ponto que se possa mostrar favorável à defesa<sup>5</sup>. Primeiramente porque, neste caso, haveria flagrante ofensa aos postulados teóricos que sustentam a formulação direcionada a impor a passividade do julgador, que é a de tutelar, acima de tudo, como valor soberano e com precedência absoluta, o da imparcialidade judicial. E, se não bastasse isso, haveria também a afirmação de uma deficiência na raiz dos fundamentos do processo entendido como um enfrentamento de partes, a impedir se prosseguisse na estruturação do caráter *adversariness* do procedimento, ante o reconhecimento da existência de desigualdade conceitual originária entre as partes. (DÍAZ CABIALE, 1996, p. 313-314).

No plano idealístico dos modelos de administração da justiça, é inconcebível

a noção sustentada por alguns autores de que o julgador poderia exercer iniciativa probatória apenas em benefício da defesa. Não é uma tese que se sustenta no sistema anglo-americano, que pressupõe a plena isonomia das partes, com o afastamento do Estado-juiz do duelo argumentativo desenvolvido pelos únicos interessados na forma de solução da causa, daí porque, neste modelo, juiz imparcial seria juiz inerte. Também não se coaduna com o sistema jurídico europeu continental, que insere com relevância no processo o interesse na verdade e correção da decisão, do que resulta a admissão de iniciativa judicial complementar, portanto não para beneficiar alguma das partes, mas sim como forma de preservar o valor da justiça e os interesses indisponíveis levados a julgamento<sup>6</sup>.

A tese de que o julgador somente poderia intervir na atividade probatória a favor do réu se embasa em aferição empírica do esquema processual, é uma construção que refoge aos modelos ideais de processo e administração da justiça e recai na observância da prática, em alguma desigualdade real entre as partes supostamente identificada pelo dia a dia dos tribunais. A confirmar essa inferência, Prado (2006, p. 137) sustenta que está na *dissimetria de posições, observável na prática*, em face de *se encontrar defensores inaptos para a melhor forma de representação dos interesses do imputado*, a possibilidade de *intervenção judicial a favor do acusado*.

### ***A presença do órgão oficial do Estado, o acusador público, no processo, afasta a afirmação de que a imposição de absoluta passividade do julgador implique necessariamente conceber uma privatização do processo penal [...]***

A despeito das discordâncias quanto a se conceber a estrutura e elaboração das bases do processo penal a partir de uma visão empírica, muitas vezes reducionista e imperfeita – o que leva, amiúde, também a conclusões incoerentes com o sistema proposto, como esta de admitir a figura do “juiz parcial”, desde que em benefício do réu<sup>8</sup> –, é possível prosseguir nessa linha, ao menos na tentativa de refutar suas conclusões. Ao observar a realidade e o cotidiano dos tribunais, ou seja, ao que ocorre de fato nos processos, não serão incomuns os casos

em que o defensor estará mais preparado tecnicamente do que o membro do MP; não são tão raras as situações, mormente em processos de organizações criminosas ou envolvendo crimes financeiros, nas quais o(s) advogado(s) dos réus ostenta(m) maior experiência, formação específica e condições para explorar de forma mais acurada e hábil a matéria fática e jurídica em julgamento, na comparação com o agente ministerial.

Assim sendo, e se o importante para definir a postura do juiz na instrução for uma desigualdade de posições observável na prática, pela realidade dos processos, uma dissimetria empírica, a conclusão não poderia ser outra que não a de admitir a intervenção *ex officio* na atividade probatória sempre a favor da parte menos hábil, que demonstre concretamente, no processo, condições inferiores à outra de sustentar sua tese. Seria antitético a uma reflexão que se pretende empírica, embasada na realidade dos processos, presumir, à partida e genericamente, um membro do órgão de acusação sempre e genericamente mais bem preparado, mais diligente, ou mais hábil do que os defensores do acusado, quando o que se tem, ao menos em algumas oportunidades, pode ser o contrário, sobretudo quando se trata de criminalidade econômico-financeira ou organizada.

De qualquer modo, e é aonde se queria chegar, considera-se desaconselhável meditar sobre os problemas do processo penal, entre os quais a atuação

endoprocessual do julgador, de outro modo que não partindo dos conhecidos modelos de administração da justiça, e de princípios e valores jurídicos e constitucionais que se refletem e interagem na matéria.

Além do que, o mais importante a ser destacado: a posição de relativa vulnerabilidade do acusado, que se não nega, somada à genérica predileção de que o erro judicial, acaso ocorra, importe em absolver um culpado e não condenar um inocente, a técnica do processo resolve, pelo princípio da presunção de

inocência e pela regra de decisão assentada no *in dubio pro reo*<sup>9</sup>, asseguramento efetivo do contraditório e ampla defesa técnica em todas as fases do procedimento.

## 2.1 A INSERÇÃO DO VALOR DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

Passa-se para a segunda questão a ser proposta neste subitem a respeito de se haveria mácula constitucional em opção legislativa oposta, ou seja, em consentir com a iniciativa instrutória de ofício em matéria penal. Por inferência correlata ao exposto acima, não se há como apartar, pena de contradição insuperável, da consideração de que o reconhecimento da força constitucional do princípio da imparcialidade não significa impedir, por ilegitimidade, todo e qualquer tipo de iniciativa instrutória de ofício pelo magistrado.

### *A graduação da alçada judicial em matéria de prova, para além do aspecto técnico, passa muito por uma opção ideológica quanto às funções do processo e do provimento jurisdicional.*

Pode-se até aceitar como razoável, inobstante a reserva de ordem constitucional já exposta, posicionamento interpretativo tendente a considerar como melhor forma de afastar os riscos de tendenciosidade judicial, assegurando a plena observância da imparcialidade, seja alijando o julgador de toda possível ingerência, ainda que secundária e complementar, em matéria de inserção probatória, deixando, portanto, de lado o valor da verdade e da justiça na dinâmica processual penal. No entanto, passar para outro plano e afirmar que toda e qualquer forma de compatibilização da iniciativa instrutória *ex officio* com a imparcialidade seja impossível constitucionalmente é bem diferente, indo muito além e alcançando uma conclusão que, entende-se, não se coaduna com o ordenamento constitucional e os valores presentes no processo penal.

Não se conhece a existência nas constituições, ao menos dos países ocidentais de *civil law*, de alguma imposição direcionada a excluir, *a priori*, toda e qualquer atuação jurisdicional voltada a complementar o campo cognoscitivo sobre o qual se deverá prestar a jurisdição, em uma atividade a ser desempenhada ante a constatação de lacuna importante na matéria de prova, seja deliberada, intencional, por simples desídia, ou qualquer outro motivo que tenha levado as partes a não completarem a instrução do processo penal. Em geral, as normas constitucionais não se ocupam do tema da iniciativa de ofício do juiz, não diretamente<sup>10</sup>.

Há clara indicação de preocupação constitucional com a manutenção da imparcialidade judicial, assim como também há com a preservação da indisponibilidade da atividade de instrução direcionada à busca de adequado esclarecimento dos fatos na seara penal, portanto o exercício de uma iniciativa probatória pelo juiz, delimitada e restrita, visando assegurar a justiça e a indisponibilidade da *res iudicanda*, encaminhar-se-ia na preservação desse valor constitucional<sup>11</sup>.

Acolher o poder de ofício não significa concordar que se rompa a imparcialidade, passando a admitir que possa se aceitar no processo um juiz parcial e comprometido. Dar o contorno aos limites dos poderes de instrução, sob as condições

de supletividade e secundariedade, em casos nos quais seja possível visualizar lacuna na prova, é dizer que dessa maneira, observando-se ao menos essa forma, não se estará violando a isenção, e, ao mesmo tempo, seria preservado o valor da justiça do provimento jurisdicional<sup>12</sup>.

Por isso, considera-se acertada a reflexão de que está centrada, primordialmente, na efetiva realização da garantia do contraditório no processo, bem como na exigência de fundamentação das decisões, e não na inércia do juiz, a salvaguarda da imparcialidade judicial no momento de proferir a decisão<sup>13</sup>.

## 3 A POSTURA JUDICIAL PERANTE A DINÂMICA PROBATÓRIA

Partindo-se da conclusão pela incompatibilidade constitucional na interdição legislativa genérica de toda e qualquer iniciativa *ex officio* no tema da prova no procedimento penal, outra dificuldade que restaria abordar é se existe uma imposição ao julgador para que suplemente as lacunas probatórias identificadas na dinâmica instrutória penal desenvolvida pelas partes, ou se tais poderes complementares se constituíam em faculdade do juiz.

Alguns países da tradição europeia receberam, com mais intensidade, ressonância germânica no tema, fazendo com que concebessem verdadeiro poder-dever do tribunal de buscar autonomamente as provas necessárias ao esclarecimento dos fatos relevantes ao julgamento. Há o que se poderia chamar de “encargo oficioso de integração instrutória das bases fáticas necessárias à decisão”, tendo por fundamento o estímulo à apreciação objetiva do caso criminal com vistas a perquirir a verdade e a justiça.

Por outro lado, encontram-se ordenamentos jurídicos que, a par de reconhecerem uma esfera de poder judicial de ofício sobre a prova, regulam-na aos moldes de uma permissão judicial destinada a complementar a atividade das partes na demonstração dos fatos relevantes ao julgamento, estabelecendo verdadeira faculdade judicial no impulso instrutório. Como exemplo desse esquema processual, tem-se a previsão de titularidade de iniciativa de ofício sobre a prova constante no art. 156 do nosso CPP.

A avaliação feita de que seria incompatível com a Constituição a vedação de todo e qualquer poder integrativo do juiz em matéria de prova no processo penal não prejudica considerar que compete ao legislador ordinário a definição do conteúdo e da dimensão dos poderes de ofício relativos à prova dos fatos, o que compreende estabelecer se se trata de um dever genérico de integrar toda a prova relevante, ou se há um mero exercício discricionário neste domínio. A graduação da alçada judicial em matéria de prova, para além do aspecto técnico, passa muito por uma opção ideológica quanto às funções do processo e do provimento jurisdicional.

## 3.1 POR UMA FACULDADE DO JULGADOR PENAL

Parece mais íntimo ao anseio de configurar uma iniciativa *ex officio* acessória no tema da prova – como um papel judicial puramente integrativo e marginal respeito àquele das partes – regular a matéria nos moldes de uma faculdade exercitada a partir da necessidade e oportunidade ensejadas na instrução probatória concretizada, e não como dever genérico e antecipado nos moldes do sistema germânico. A im-

posição legal de busca da verdade pelo julgador poderia estimular o órgão julgante a assumir um papel propulsivo de formulação de hipóteses reconstitutivas dos fatos, autônomas em relação àquelas já exploradas pelas partes na dinâmica probatória, podendo inverter o protagonismo nesta seara.

A par de preferências particulares, cabe ao legislador a predileção quanto ao caráter da iniciativa instrutória do órgão judicial<sup>14</sup>, se teria a feição de um poder-dever de ordenar a produção das provas relevantes para a correta decisão da causa, ostentando natureza impositiva, ou se haveria uma faculdade a ser exercida caso a caso, com base em um juízo de oportunidade<sup>15</sup>.

Conforme dito, prefere-se o modelo brasileiro ao luso-germânico, pelo fato de este parecer menos inclinado à preservação da imparcialidade, ao atribuir ao julgador um dever antecipado de busca do melhor acerto fático possível, mais propenso a desbordar dos lindes da secundariedade e acessoriedade no cumprimento do dever imposto de aquisição probatória, além de generalizar em demasiado a pesquisa judicial na dinâmica do processo. Existem ainda os riscos de se passar de um modelo dialético preponderante de confronto entre acusação e defesa para um modelo genérico de investigação oficial, o que, de qualquer modo, é evitável pela observância de princípios, como a estrita correlação entre acusação e sentença, e a disciplina legal em molde integrativo, limitando o “quando” e o “como” da atuação *ex officio*<sup>16</sup>.

A exigência de protagonismo dos contendores na formação do material probatório sobre o qual o juiz deverá conformar sua decisão faz com que se atribua ao julgador papel residual e supletivo em relação à atividade das partes, evitando que haja entrecruzamento ou sobreposição nestes papéis no processo.

#### **4 A ALEGADA CARGA PSICOLÓGICA ANTECIPADA**

Outra questão que se deve enfrentar é a ideia, inconsistente adianta-se, de que o juiz, ao exercer iniciativa probatória, estará buscando a confirmação de alguma verdade particular

pré-estabelecida, ou então expondo tendenciosidade, por assumir o benefício da posição de uma das partes em prejuízo da outra.

Há dificuldades na tentativa de aprofundar a questão dos possíveis efeitos que a determinação de algum ato de prova *ex officio* possa ter sobre o convencimento do juiz a respeito da análise do conjunto probatório na solução da controvérsia. Entende-se que a superficialidade de tal linha de contestação psicológica, muito pela inexistência de quaisquer evidências empíricas robustas, ou amplo estudo de caso que pudesse sustentá-la minimamente (CHIARLONI, 2009, p. 106), acabaria por reproduzir-se em uma réplica, também não assentada em levantamento empírico de dados, afirmando que o simples fato de complementar uma pesquisa jurídica não transfiguraria alguém de imparcial em parcial, ou ainda, indo mais longe, que a omissão judicial na colmatação das lacunas probatórias demonstraria completo descomprometimento do julgador com a correta instrução dos fatos relevantes ao julgamento.

### ***A exigência de protagonismo dos contendores na formação do material probatório sobre o qual o juiz deverá conformar sua decisão faz com que se atribua ao julgador papel residual e supletivo em relação à atividade das partes [...]***

Mesmo porque tais argumentos, embasados em meras suposições, nada mais são do que projeções de diferentes ideologias do processo; entender o processo como um jogo, na linha da *sporting theory of procedure*, não consente, em nenhuma medida, com a possibilidade de o árbitro interferir<sup>17</sup>, porque, de outro modo, segundo Chiarloni (2009, p. 107) estaria arriscando favorecer o êxito de um dos jogadores. Do mesmo modo que visão oposta a essa já importaria na tentativa de inserir, no processo, mecanismo direcionado a complementar o resultado da dialética utilizada pelos interessados, em atenção ao valor da correção da resposta jurisdicional.

Talvez se deva mesmo privilegiar argumentos de empirismo sobre as concepções ideológicas, mas, para tanto, é antes indispensável dispor de amplo conhecimento sobre a fenomenologia

processual mediante levantamento de dados a partir dos quais se possam extrair conclusões ou tendências em termos diversos dos ideológico-valorativos. Para tanto, o primeiro passo seria ter o cuidado de desenvolver ou valer-se de precisas investigações empíricas para registrar a extensão na utilização dos poderes probatórios de ofício nos processos penais, de modo a avaliar os seus efeitos sobre a decisão final.

Somente assim seria possível verificar em quantos processos houve complementação probatória pelo juiz, quais os resultados conclusivos dessa iniciativa *ex officio* sobre o esclarecimento dos fatos relevantes ao julgamento, em quais dessas situações a diligência oficiosa teve determinância sobre o convencimento judicial, tanto em primeiro grau como em instâncias recursais sucessivas, e em que grau teria havido alguma distorção nessa dinâmica probatória que permitisse inferir tendenciosidade decorrente do exercício *ex officio* em matéria de prova a ponto de ser possível afirmar que as ocasionais incursões nos poderes de ofício tendem a privilegiar o resultado desta diligência em prol de outras já inseridas nos autos, ditando a solução final da demanda<sup>18</sup>.

Bem diferente é a hipótese de complementação das lacunas probatórias por deficiência, deliberada ou não, na obra desenvolvida pelas partes<sup>19</sup>, aí sim quaisquer propensões de seguir na mesma linha de argumentação dependeria da demonstração fenomenológica, sem o que se recai em discussão meramente emotiva, partindo de argumentos psicológicos sem embasamento técnico e sem comprovação, ou mesmo conhecimento, da práxis cotidiana forense.

O julgador não conhece *ex ante* o resultado que aquela prova poderá ter<sup>20</sup>, sendo discutível afirmar que a dispôs pela intenção de confirmar alguma ideia preconcebida sobre os fatos ou para favorecer uma parte, ao invés de clarificar os fatos em litígio. Não sendo aquela prova importante, em nada irá alterar o resultado do julgamento; do contrário, mostrando-se relevante e útil para o processo, ante lacuna probatória identificada, não se poderá desconsiderá-la simplesmente porque possa decorrer de uma deformada motivação puramente subjetiva do magistrado.

O entendimento contrário partiria de uma pretensa incapacidade de ser imparcial do julgador que resolvesse procurar uma fonte de informação complementar e que, por esta razão mesma, se tornaria incapaz de valorar racionalmente a força probatória do elemento inserido nos autos. Recorrendo-se à explicitação de Taruffo (2008, p. 116): se o juiz determinou a obtenção de um documento, tornar-se-ia incapaz de estabelecer seu valor probatório; se dispôs de ofício, a obtenção de um testemunho que não venha a mostrar-se fidedigno, não passará a considerá-lo crível somente por ter decidido escutá-lo, tornando-se incapaz de apreciar a força probante desses elementos.

***O magistrado guia-se pela valoração previamente feita pelo legislador ordinário, na linha dos princípios constitucionais sobre os valores em jogo, de velar pela correção do julgamento, esclarecendo fatos essenciais para a resolução [...]***

Não se há como confundir a apreciação de que seja necessário complementar a prova de um fato, para tanto determinando a tentativa de sua obtenção, com a apreciação valorativa da força comprovativa do elemento de prova inserido nos autos. De qualquer modo, à objeção de uma incapacidade do julgador de apreciar corretamente o conjunto probatório, por suposta sobrevalorização da diligência probatória oficial, bastaria, conforme refere Fernández López (2005, p. 324), correção dos rumos pelas vias recursais ordinárias destinadas a apreciar erro de valoração da prova, aspecto também fundamental de distinção do esquema processual da Europa continental em comparação com o modelo de *common law*.

Afora isso, repete-se, não se entende recomendável, do ponto de vista científico, a utilização de argumentos supostamente empíricos, escolhendo, em função disso, o norte a orientar uma renovação do sistema, sem conhecer minimamente os dados quantitativos e qualitativos do fenômeno processual (AMODIO, 2003, p. 251). Do contrário, sobrelevariam os ris-

cos de se recair em meras discussões puramente emotivas e/ou ideológicas, embasadas em presunções psicológicas, tais como a alegação de que o juiz compromete-se com a diligência complementar por ele determinada, ou que favorece deliberadamente alguma das partes, mascarando os valores que estão por trás dessas considerações.

Deve ficar claro que as condições de discussão do tema da iniciativa probatória do juiz foram colocadas sobre a verificação de uma lacuna probatória visível e identificável sem muitos esforços de retórica e exercício imaginativo por parte do magistrado; portanto quaisquer diligências probatórias que venha a determinar ter-se-ão que constituir na complementação de um desenvolvimento probatório incorporado já ao processo e que, independentemente do motivo, foi deixado incompleto pelas partes. Assim é que, antes de os poderes probatórios *ex officio* destinarem-se a buscar fatos para comprovar uma tese já assumida pelo julgador, trata-se de recurso destinado a preencher uma lacuna visível, relacionada à prova de um fato já inserido pelos interessados no processo. A esse respeito, se poderia até mesmo, na linha de Belluta (2006, p. 82), questionar a imparcialidade de um julgador que prefira prosseguir na decisão apesar de identificar nítido quadro probatório incompleto, mas legalmente completável.

Encerrada a atuação das partes na fase de julgamento, a legislação é clara em atribuir ao julgador tarefa que se reputa mesmo inerente à função jurisdicional: apreciar se há, nos autos, elementos minimamente suficientes para a correta decisão da causa penal, ou se, ao contrário, deve complementar-se alguma lacuna identificável na reconstrução fática. O magistrado guia-se pela valoração previamente feita pelo legislador ordinário, na linha dos princípios constitucionais sobre os valores em jogo, de velar pela correção do julgamento, esclarecendo fatos essenciais para a resolução, sem levar em conta prejuízo ou benefício aos interesses particulares em jogo.

Certo que, por estarem já no processo, muito provavelmente o fato hipotético em questão e o seu elemento de prova destinam-se a produzir efeitos prejudiciais ou benéficos ao interesse de uma das partes, do contrário não haveria muito significado terem sido incorporados aos autos pelos contedores; da mesma forma, tratam-se de elementos relevantes para a decisão judicial e para o convencimento do juiz. Ao restarem já incorporados pelas partes nos autos, com relevância na comprovação das hipóteses e na persuasão do julgador, a questão fundamental a se questionar é se seria admissível que permanecesse no processo uma incompletude notável nesses elementos sem que o julgador pudesse secundar a atividade instrutória determinando a complementação de uma linha probatória inserida no processo com relevância, mas não esgotada sequer minimamente.

A resposta a tal indagação seria positiva acaso se estivesse perante processo *adversarial* puro, regido pela contribuição exclusiva das partes em matéria de prova, a exigir julgador passivo diante do embate dialético, desse modo negando ao juiz qualquer iniciativa probatória complementar com vista à correção do julgamento, pelo simples fato de a verdade ficar entregue unicamente à influência endoprocessual do comportamento de acusação e defesa. Diferente tenderá a ser a solução técnica no modelo processual continental europeu que consente com atividade probatória judicial, refutando uma ressonância do princípio dispositivo no tema da prova penal.

## 5 INCONSISTÊNCIA NA INSERÇÃO DOS STANDARDS JURÍDICOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DUBIO PRO REO* NA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ PENAL

A carga probatória e o princípio da presunção de inocência restam preservados em todo o tipo de processo, ainda que o julgador disponha de iniciativa instrutória; o que pode e vai se alterar é o momento em que tais técnicas de juízo entram em funcionamento.

No processo de caráter *adversariness*, de monopólio dos interessados, tão logo se encerre a produção probatória das partes, o postulado tem possibilidade de entrar em ação; no esquema processual que atribui ao juiz um papel ativo na aquisição da prova relevante, a regra de juízo somente terá potencial aplicação após a atividade oficiosa (DÍAZ CABIALE, 1996, p. 305 e ss.). Em suma, a regra do ônus da prova tem aplicação sempre depois de encerrada a dinâmica probatória, não é uma norma sobre a atividade de produção probatória e não tem interferência sobre ela, a ponto de ditar seus contornos.

Mais especificamente, o estado constitucional de inocência, e o consequente postulado garantista *in dubio pro reo*, estabelecem regras para a valoração da prova, não se tratam de princípios de direito probatório, e sim de verdadeiras pautas de decisão que, por isso mesmo, somente podem ter incidência, conforme explicita Albuquerque (2009, p. 54), depois de concluída a tarefa de valoração da prova, quando manifestar-se uma carência no esclarecimento judicial quanto aos fatos para além da dúvida razoável. Não há como se extrair da presunção de inocência do acusado alguma imposição de poderes monopolísticos das partes na iniciativa probatória<sup>21</sup>, e essa conclusão não interfere na garantia de que o réu, em nenhuma hipótese, suportará consequências negativas do *non liquet*.

Em outra vertente explicativa, parte da doutrina faz uma distinção da carga de prova no processo penal, de modo a diferenciá-la do ônus probatório na seara cível, isso porque, na seara criminal, a carga de prova pertence à categoria das cargas imperfeitas, ou seja, aquelas cujo descumprimento não importaria, de imediato em prejuízo ao interessado<sup>22</sup>, a passividade da parte não acarretará, necessariamente, no fracasso de sua pretensão, característica esta da carga

completa ou plena (DÍAZ CABIALE, 1996, p. 307; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p. 94-95). Ainda que se reconheça ao órgão de acusação o ônus de desempenhar, no processo, atividade probatória da culpabilidade do acusado, devendo ter, sim, a iniciativa de pôr em prática a comprovação da imputação, sem o que, muito provavelmente, verá aumentar o risco de sucumbir ante a incerteza, a presença de faculdades probatórias residuais ao órgão jurisdicional pode amenizar tais consequências<sup>23</sup>.

A possibilidade de abusos ou de má aplicação, que não deve ser desconsiderada, não pode, por si só, importar na anulação, por completo, da iniciativa instrutória complementar do juiz, relegando-o a um espectador passivo da contenda (TARUFFO, 2008, p. 115). Para tanto, os provimentos judiciais são todos passíveis de impugnação recursal prevista exatamente para esconjurar os desvios e equívocos no cumprimento da norma: a decisão da causa penal será, em última análise, aquela que sobrevier da última instância de julgamento, de modo que algum risco de desvio na utilização dos poderes de ofício em primeiro grau não pode determinar conclusão definitiva de refutação pelo receio pontual.

## 6 CONCLUSÃO

A discussão sobre a iniciativa instrutória do juiz no processo penal é dos temas mais fecundos e, por isso mesmo, interessantes da processualística ao longo dos tempos; permite, à partida, uma análise de direito comparado entre sistemas de administração da justiça que introduz questões não apenas da dinâmica processual, mas de ideologias e valores subjacentes às elaborações de *civil law* e de *common law* quanto ao papel do juiz diante dos interesses submetidos a julgamento.

No modelo processual penal dos países de *civil law*, nos quais prepondera a tradição do continente europeu, a garantia da imparcialidade não pressupõe absoluta passividade do julgador, tampouco exige monopólio dominante da iniciativa das partes no esclarecimento dos fatos em juízo. Ao contrário, consente com a possibilidade de iniciativa de ofício no tema da prova, a partir do reconhecimento de que a busca da verdade, ou do ideal de justiça, ou da correção da decisão, como se prefira, permanece

como um dos fins prestigiosos do processo, e a complementação probatória *ex officio* apresenta-se como importante mecanismo a favorecer o exercício correto da função jurisdicional.

Na seara penal, o juízo decisório, condenatório ou absolutório, recomenda ao menos a possibilidade ao magistrado de fechar todas as janelas abertas relativas a dúvidas quanto à matéria posta em julgamento; não se deve ignorar que a multiplicidade de situações geradas pela dialética processual escancara incertezas ao julgador, as quais somente ele pode preencher quando se apresentarem relevantes ao esclarecimento dos fatos em julgamento.

De qualquer modo, a abordagem do tema concernente à atribuição ao juiz de papel ativo na colheita de provas importa refletir a respeito da inserção da matéria em uma eventual zona de equilíbrio entre dois polos tendencialmente opostos relacionados: de um lado, à preservação da imparcialidade, à qual os poderes instrutórios parecem propensos, de algum modo, a incidir; de outro, à completude da instrução probatória, como forma de correção de lacunas em atenção à indisponibilidade da matéria penal, que a iniciativa judicial supletiva inclina-se a reforçar. Em que pesem as considerações feitas acima, é necessário reconhecer a existência de controvérsias de ordem técnica e ideológica, a maioria das quais nunca deixarão de existir, e que, por isso mesmo, devem servir para o aprofundamento na abordagem técnica dos temas relevantes do processo penal.

## NOTAS

- 1 Em sentido análogo ao exposto: Paolo Ferrua (1994, p. 1069).
- 2 Eduardo Correia não consente com esta solução, considera que estimular as partes a produzirem em juízo todos os elementos probatórios indispensáveis ao esclarecimento dos fatos não pode chegar a ponto de *as ameaçar com a sanção*, por isso se imporia no processo penal conceder ao juiz poderes de atuar para além da vontade instrumental das partes (CORREIA, 1948, p. 18-19).
- 3 Nesse sentido, por exemplo, a posição de Cordero (2006, p. 621).
- 4 Conforme afirmou a Corte Constitucional Italiana (24-26 marzo 1993, n. 111. Pres. Borzellino. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 25 fev. 2015), que acrescentou de forma percutiente: *È, del resto, evidente che sarebbe contraddittorio, da un lato, garantire l'effettiva obbligatorietà dell'azione penale contro le negligenze o le deliberate*

- inerzie del pubblico ministero conferendo al giudice per le indagini preliminari il potere di disporre che costui formuli l'imputazione (art. 409, quinto comma); e, dall'altro, negare al giudice dibattimentale il potere di supplire ad analoghe condotte nella parte pubblica. L'attribuzione di tale potere ha, anzi, un fondamento maggiore, perché i principi di legalità ed uguaglianza – di cui quello di obbligatorietà dell'azione è strumento (cf. sentenza n. 88 del 1991) – esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio anche alle negligenze ed inerzie del difensore..*
- 5 Em sentido contrário, por exemplo, é a posição de Prado (2006, p. 137).
  - 6 Para maior aprofundamento, ver Pereira (2014, p. 43 e ss.).
  - 7 Isso porque essa tese afirma que a introdução de meios de prova no processo pelo juiz importa comprometimento psicológico do julgador, que se afasta da posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, comprometendo sua imparcialidade. Em seguida, concorda que o julgador moderadamente intervenha durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência. (PRADO, 2006, p. 137).
  - 8 Ou na incongruência interna criticada por Gisbert de que *cuando (el juez) 'defiende' no es parcial y cuando 'acusa sí'*. (GISBERT, 1997, p. 399).
  - 9 Laudan (2008, p. 117) bem explicita a distinção principal da epistemologia legal entre princípios direcionados à distribuição de erros, nos quais residem os conceitos de *standard of proof* e *burden of proof*, designados pelo termo "*soft-core legal epistemology*", das regras e princípios cuja razão de ser é a tentativa de redução de erros, denominados "*hard-core legal epistemology*". O fundamento da iniciativa instrutória do juiz penal é de "*hard-core legal epistemology*", portanto seria um equívoco fazê-la recair nas mesmas justificativas das normas formuladas para a distribuição de erros: presunção de inocência e ônus da prova.
  - 10 Díaz Cabiale (1996, p. 229) refere que o princípio de *aportación de parte*, como opção de técnica legislativa, não possui referendo expresso na Constituição.
  - 11 Ferrua (1994, p. 1073) chega a essa mesma conclusão, considerando ser irrazoável pretender derivar da norma constitucional que garante o julgamento por juiz imparcial uma propensão em matéria probatória vinculando-a a um regime oposto, fundamentado na assunção de poderes monopolísticos das partes na direção do processo.
  - 12 Referindo-se à concepção da cultura processual do continente europeu no sentido de o processo não ser instrumento privado das partes o *meglio, come ben rilevato a suo tempo da Cappelletti, degli avvocati delle parti*, Chiarloni conclui que a importância de uma solução correta sobre as questões de fato *conduce illegislatore ad attribuire spazi all'iniziativa officiosa* (CHIARLONI, 2009, p. 109).
  - 13 Nesse sentido, por exemplo, Marafioti (1993, 836).
  - 14 Concorde-se com Bernal Pulido no sentido de que o legislador ordinário não pode ficar limitado a esferas muito reduzidas de conformação; pelo contrário, deve ser preservado um espaço amplo entre o constitucionalmente proibido e o constitucionalmente necessário, âmbito no qual

- o legislador pode fazer suas opções políticas (BERNAL PULIDO, 2007, p. 588).
- 15 Em profundo e qualificado estudo sobre a matéria, Zilli deixa alguma dúvida quanto ao seu entendimento em relação à natureza da iniciativa instrutória de ofício, pois se refere, na p. 118 e ss., que haveria um dever judicial de busca do melhor esclarecimento fático possível, resultando em um "dever-poder" no tema; na sequência, entretanto, parece concordar com a escolha feita pelo legislador brasileiro no art. 156, no sentido de que haveria facultatividade na diligência, estabelecendo acertadamente a lei um juízo de oportunidade (ZILLI, 2003, p. 181).
  - 16 O que abrange subtrair do juiz a faculdade de decidir as condições, tempo, modalidade e objetivos do exercício da iniciativa instrutória no processo. À imposição de interventor se agregaria a estrita delimitação de seus pressupostos, de modo a afastar os riscos à isenção acima expostos; pior do que a exigência de atuação oficiosa se pode revelar a liberdade no seu exercício.
  - 17 Não é por acaso que o sistema *adversarial* foi concebido pelos mesmos advogados de *common law* que representaram os empresários na nação primeiramente marcada pela Revolução Industrial: *se trata esencialmente de un planteamiento del sistema penal desde las concepciones del libre mercado* (VOGLER, 2008, p. 181).
  - 18 Em sentido análogo à crítica de Laudan (2008, p. 122) a respeito da ausência de estudo empírico consistente e com aptidão a embasar inferência de suposta incapacidade do jurado de conferir o peso adequado a algumas provas: *In these and many other cases, the rules of evidence are predicated on claims about juror psychology. These generally fail to rise above the level of folk mythology*. A aproximação das situações é apenas relativa, tendo em conta, por exemplo, a inexistência do dever dos jurados de fundamentar as conclusões, ao que se agrega a restrição de recursos para atacar avaliações probatórias feitas no *trial by jury*, preocupações que não se inserem na avaliação da iniciativa probatória oficiosa no nosso sistema judicial.
  - 19 A discussão sobre a imparcialidade teria de ser outra, uma vez que as iniciativas instrutórias *si muovano all'interno dello schema probatorio disegnato dalle parti* (CARACENI, 2007, p. 41).
  - 20 Nesse sentido Fernández López (2005, p. 324), que acrescenta que a utilização desviada da iniciativa de ofício terá lugar quando exista já, antecipadamente, parcialidade, *no sucede a la inversa, esto es, el ejercicio de estas facultades probatorias no genera por sí mismo una pérdida de imparcialidad*.
  - 21 A esse respeito, Cordero (2006, p. 949) refere: *Comunque letto, l'art. 507 confuta le cabale sul puro processo-contesa. Dalle geremiadi in chiave d'onere probatorio, presunzione d'innocenza e simili, trapelano idee confuse: nessuno vuole dei colpevoli presunti; finché esistano dubbi, l'imputato sarà assolto, ma non pretenda d'essere giudicato su materiali incompleti*. No mesmo sentido, Ferrua (1994, p. 1076).
  - 22 Após considerar as cargas processuais como imperativos do próprio interesse, como condição para prevenir um prejuízo processual, Goldschmidt (1936, p. 32 e ss.) refere que não há, frente a elas, um direito do adversário ou do Estado. Pelo contrário, o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se

desembarace de sua carga de fundamentar, provar, comparecer, etc. Em seguida, classifica as cargas em perfeitas e menos perfeitas. São perfeitas quando as consequências prejudiciais de seu não cumprimento se realizam com necessidade; já as cargas menos perfeitas são aquelas em que os prejuízos decorrentes de sua inobservância se produzem: "*solo arbitrio iudicis*"; permitindo a lei que o juiz adote outra medida que não aquela consequência prejudicial decorrente do descumprimento da carga pela parte. O autor complementa referindo não existir uma carga completamente imperfeita, pois quando uma omissão não pode levar consigo prejuízos para o omitente, não há carga nenhuma.

23 Conforme Cordero (2006, p. 994): *Esiste onere probatorio anche dove lo spettro cognitivo abbia la massima estensione, essendo acquisibile ope iudicis ogni materiale: onere imperfetto, perché l'interessato inerte non ha ancora perso; forse le sue inerzie saranno compensate da mosse istruttorie ex officio*.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.
- AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2003.
- BELLUTA, Hervé. *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*. Torino: Giappichelli, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: CEP, 2007.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARACENI, Lina. *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*. Milano: Giuffrè, 2007.
- CHIARLONI, Sergio. *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*. In: *DUE iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 101-117. (Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile).
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Teoria do concurso em direito criminal: caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Atlântida, 1948.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Colmares, 1996.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005.
- FERRUA, Paolo. *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 37, n. 3, p. 1065-1084, luglio/sett. 1994.
- GISBERT, Antonio. *El artículo 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reflexiones suscitadas por algunas recientes sentencias del tribunal Supremo)*. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 46, p. 395-412, 1997.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. v. 1.



LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

MARAFIOTI, Luca. L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano 36, n. 2, p. 829-849, apr./giugno. 1993.

NEVES, A. Castanheira. *Sumários de processo criminal: 1967-1968*. Coimbra: [s.n.], 1968.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

TARUFFO, Michele. La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del derecho continental. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 151, p. 95-119, 2008.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 177-194.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Artigo recebido em 8/6/2015.

Artigo aprovado em 12/7/2015.

---

**Frederico Valdez Pereira** é juiz na 5ª Vara Federal de Caxias do Sul e professor na Esmafe-RS.