

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO PREVISTA NO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, UMA FERRAMENTA PARA O PUNITIVISMO?

João Lucas Martins¹

Resumo

Basicamente, na evolução histórica do processo penal, verificou-se uma bipolarização de sistemas processuais penais. De um lado, o denominado sistema acusatório, e de outro o sistema inquisitivo. Por força do Estado Democrático de Direito firmado pela Constituição Federal de 1988, alcançou-se a garantia já existente em outros documentos históricos importantes da presunção de inocência. Deste modo, resta à acusação a busca incessante pela produção da prova, melhor dizendo, da prova que condene o acusado, haja vista que por lógica e respeito ao princípio constitucional mencionado, automaticamente o ônus da produção de tal prova pende àquele que acusa. No entanto, pela atual sistemática do Código de Processo Penal no ponto pertinente, há casos que se outorga ao magistrado a possibilidade da produção da prova (“aquela que condena”), de ofício, o que retrata a presença no ordenamento pátrio do sistema inquisitivo, contrariando o espírito democrático na Bíblia Política vigente.

Palavras-chave: Estado Democrático. Sistema Acusatório. Produção da Prova

Summary

Basically, the historical evolution of criminal proceedings there was a polarization of criminal procedural systems. On one hand, the so-called accusatorial system, and another the inquisitorial system. Under the democratic rule of law executed by the Constitution of 1988 was reached ensuring existing in other important historical documents of the presumption of innocence. Thus, the charge remains the incessant search for production of evidence, rather, the evidence that convicts the accused, given that logic and respect for the constitutional principle mentioned, automatically the burden of producing such evidence leans one who accuses. However, the current system of the Code of Criminal Procedure in pertinent point, there are cases that the magistrate is granting the possibility of production of proof (“that which condemns”), ex officio, which depicts the paternal presence in the planning system inquisitive, contrary to the democratic spirit in the Bible prevailing policy.

Keywords: Democratic State. Adversarial system. Production of Proof

¹ Acadêmico de Direito na Instituição de Ensino Faculdade Eduvale Avaré. Joaosp-14@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Como é sabido, o Código de Processo Penal foi promulgado em época que guarda profunda distância com os fins democráticos que se encontram no arcabouço da Constituição. Pelo que se extrai da exposição de motivos do diploma de 1941², observa-se forte influência do Código de Processo Penal Italiano de 1930, mais conhecido como “Código de Rocco”³, o qual refletia o cenário fascista da ditadura de Mussolini.

Nessa ordem de ideias fácil é o raciocínio que a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro tem matriz fundada no sistema inquisitivo, afinal na ditadura a verdade é uma só; qual seja aquela conveniente ao ocupante do poder.

Como será verificado doravante o sistema inquisitivo se funda na ambição da verdade, tanto é assim, que como norte justificante consagrou-se como princípio basilar do referido sistema a “verdade real”.

Com o passar das décadas e com o advento da atual ordem Constitucional Democrática, surgiu a necessidade de uma ferramenta processual adequada ao espírito político vivenciado no país. Contudo, mesmo após vinte e seis anos da promulgação da Constituição de 1988, frustrante é reconhecer que ainda vige aquele Código de Processo Penal de influência fascista, que vez ou outra é maquiado com pontuais reformas tendentes a colocá-lo no mesmo eixo que a atual Constituição Federal.

Mais frustrante reconhecer que em reforma ocorrida com um bom tempo de vigência da atual Carta Magna não se operou mudança alguma contra essa sistemática inquisitiva.

A reforma em específico foi operada pela Lei 11. 690/08 que alterou profundamente às disposições referentes à prova no processo penal.

² Como exemplo segue um trecho do título a reforma do processo penal vigente da exposição de motivos do CPP: [...] Quando da última reforma do processo penal na Itália, O Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que eles certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”.

³ Rocco foi Ministro da Justiça de Mussolini na Itália fascista e responsável pela elaboração do Código de Processo penal Italiano de 1930.

Dentre a considerável gama de dispositivos alterados, o que guarda maior coerência com tudo que até então foi explanado encontra-se no artigo 156 do Código, onde, respeitando-se obviamente o pensamento em sentido contrário, não rompeu com aqueles ideais do cenário político quando de sua promulgação.

1 PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

Como meio para aplicação da lei penal, tem o Estado por outorga constitucional a titularidade da ação penal. Deste modo, só é possível falar em condenação e aplicação de uma pena com o trânsito em julgado da sentença.

Como é sabido, o Estado não tem um poder desenfreado na aplicação desse processo, pelo contrário, deve-se respeitar certas regras, que têm como viga mestra a observância do Princípio do Devido Processo Legal, sob pena de ser fatal a ilegalidade do ato.

É desse princípio que se extrai outros diversos, como por exemplo o princípio do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, do juiz natural, da presunção de inocência, da imparcialidade, entre outros. Trata-se, portanto, de uma cláusula geral, cujo conteúdo vai sendo agregado ao passo da evolução do próprio direito.

De grande relevância para o tema é o princípio da presunção de inocência extraído da cláusula geral do devido processo legal, haja vista que é através dela que nasce a necessidade da produção de provas no processo penal. Melhor dizendo, se antes e durante o processo presumisse a inocência, para que no final deste mudasse a situação, faz-se necessário que se traga ao processo elementos hábeis a elidir tal presunção.

Com grande profundidade retrata o espírito democrático do princípio da presunção de inocência o pensamento de (CARNELUTI, 1995, P. 61):

As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde primeiro era obscuro; e se não servirem? Então, diz a lei, o juiz absolve por insuficiência de provas; o que isto quer dizer? Não que o acusado seja culpado, mas tampouco é inocente; quando é inocente, o juiz declara que não pode falar nada neste caso. O processo se encerra com um nada de fato. E parece a solução mais lógica deste mundo.

Pontuadas tais considerações, mister agora compreender: O que se pode considerar como prova no direito processual penal?

A distinção é simples e para chegar a ela basta nunca perder de vista a Constituição Federal, como esclarece (LIMA, 2013, P.556):

A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das *provas*, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de *prova*.

Deste modo, tudo que é produzido fora das disposições acima, ou seja, sem observar o contraditório e a ampla defesa não pode ser considerado prova, mas sim meros elementos informativos, os quais são destinados ao titular da ação penal, para a formação da *opinio delicti*. Nesse sentido também explica (LIMA, 2013, P. 556):

Por outro lado, elementos informativos são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em *acusados em geral* na dicção do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, o convencimento para que o magistrado chegue ao caso concreto deve ter arrimo em elementos que foram produzidos durante a fase processual e qualquer ato em desacordo a isso torna sua decisão inconstitucional.

2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

É conhecido na seara processual penal dois sistemas como clássicos, que guardam acentuadas diferenças, frente ao que o momento histórico vivenciado pedia. Enquanto de um lado tem-se o sistema inquisitório; de outro há sistema acusatório.

2.1 SISTEMA INQUESITÓRIO

O sistema objeto de análise tem raiz histórica da Inquisição da Igreja Católica, onde sua aplicação preocupava-se combater as heresias⁴ que criassem barreiras ao sucesso e progresso do catolicismo.

⁴ A heresia acontece quando qualquer indivíduo ou um grupo resolve ir contra uma religião, em especial aquelas que são muito rígidas. A heresia surgiu com a Igreja Católica, no século XVIII, em especial no período da Idade Média, quando ela começou a sentir-se ameaçada por pessoas que criticavam seus dogmas e seus ensinamentos. A definição tanto da Igreja Católica como das Igrejas Protestantes, é que heresia é quando alguém é contrário as mensagens ensinadas por Jesus, e a heresia é dita na própria Bíblia. Uma heresia

O ponto nuclear da filosofia inquisitória é a intolerância, que por sua vez dá arrimo a verdade absoluta de que a humanidade é fruto da graça de Deus. Deste modo, por serem dotados de infalibilidade, aos Bispos e ao Papa era outorgada a representação da vontade divina.

Sobre esse ponto, esclarecedoras são as palavras de (Lopes Jr, 2013, p. 130/131):

A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”. A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema. Fora dele não havia salvação. Isso autorizava o “combate a qualquer custo” da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregada”

Como baliza principal, o presente sistema se firma na busca da verdade real, e para que essa seja alcançada, “vale tudo”.

O sistema inquisitório tem como primeira característica a concentração de “poder” em uma única figura, que acaba por fazer o papel de investigar, acusar e julgar, denominando-se assim o “juiz-inquisidor”.

A concentração de poder nas mãos de uma figura não é a única característica do sistema inquisitivo e também não é a mais importante. É também marco identificatório de tal modelo, a gestão da prova ordenada pelo juiz-inquisidor. Valendo-se de um procedimento escrito e secreto, onde não se admitia a palavra “direito de defesa” ao acusado, não era reconhecido a qualidade de sujeito, mas de mero objeto para a insaciável busca da verdade.

Nesse sentido corrobora (AVENA, 2013, P. 44):

Não se fala em paridade de armas, sendo nítida a posição de desigualdade entre as partes. Na verdade, a própria defesa do réu é bastante restrita, não lhe sendo assegurado, ao contrário do que ocorre no modelo acusatório, o direito de manifestar-se depois da acusação para refutar provas e argumentos trazidos ao processo pelo acusador.

Sendo assim, ao contrário do que hoje temos consagrados devido a muitas lutas e sangue derramado⁵, na inquisição o homem funcionava como meio para a consagração da “verdade”, que sempre era aquela conveniente para o Estado.

consiste na negação ou dúvida pertinaz, por parte de um cristão, de alguma verdade que se deve crer com fé divina. As heresias apareceram ao longo da história da Igreja pela negação ou recusa voluntária de uma ou mais afirmações de fé. Disponível em: < <http://www.significados.com.br/heresia/> >. Acesso em 19 de nov 2014.

⁵ A título de exemplo pode-se lembrar da conquista pelas liberdades clássicas com a assinatura da Magna Carta, e também com as Revoluções Americana e Francesa, movimentos que limitaram o poder de interferência do Estado na esfera particular do indivíduo, dando ao indivíduo direito civis e políticos.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Em nosso ordenamento jurídico, claramente é este o sistema consagrado na Magna Carta de 1215, haja vista que o constituinte separou a concentração dos papéis de acusação e julgador que no sistema supra explicado era desempenhado por uma única figura, o juiz inquisidor. Ora, com o viés democrático estampado no Documento Máximo, não poderia ser diferente.

Nesse sentido ensina (CHOUKR, 1990, P. 74):

O modelo acusatório de processo nada mais é que uma opção política direcionada para um Estado democrático e de direito, tendo como uma de suas consequências diretas um novo mapeamento de interesses e valores para o aparato instrumental penal. Entre eles está um reequilíbrio da balança que tem em cada extremidade as ideias de segurança pública e garantias individuais, e que apresenta justamente no rompimento com a dualidade verdade real x verdade material o seu fiel.

A maior virtude desse sistema é o fato de possibilitar que o indivíduo acusado por fatos considerados infração penal seja submetido à um julgamento onde o julgador atue impregnado pela imparcialidade.

Dessa imparcialidade que é possível garantir regras de contensão ao poder do Estado, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

Não só a Constituição Federal consagra tal mandamento, mas diversos tratados sobre direitos humanos, como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos⁶. O ideal democrático é fruto da evolução civilizatória, e a prova disso é que a imparcialidade também se apresenta na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷.

Por este sistema, há clara disposição que ao julgador cabe julgar, e nada mais, e tanto é que esse foi o adotado pela Carta Cidadã, que ela atribuiu o papel da investigação à uma instituição independente que sofre o controle externo do titular da persecução penal, o Ministério Público.

Além disso, no que é pertinente a produção de provas, ao magistrado é vedada qualquer manifestação positiva nesse sentido, haja vista que há clara divisão dos “personagens” no processo, de modo que a cada um é devido um papel.

⁶ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Artigo 9º, 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁷ Declaração Universal Dos Direito Humanos, Artigo 10: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Sobre o tema explica (MINATEL, 2014, P. 212):

No campo das provas, o magistrado não pode, de ofício, determinar a produção, nem mesmo durante a fase judicial, porquanto se trata de matéria de interesse exclusivo das partes. A partir do momento que o magistrado toma a iniciativa de determinar a produção de provas, ele se compromete subjetivamente com o processo, afetando sua parcialidade, além de quebrar a paridade de armas no processo penal, porquanto acaba por produzir prova em benefício de uma das partes, em detrimento da outra, que geralmente é a defesa.

Por tais vestígios, a escolha do constituinte pelo sistema acusatório garante ao acusado, em teoria, a aplicação de um devido processo legal, posto que da imparcialidade há corolários como o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, triste é a ressalva de que embora com a previsão na Constituição Federal não é esse modelo que vigora em nosso país, por conta de ainda termos um Código de Processo Penal com forte espírito em momento político passado do Estado, no qual a palavra “democracia” não era bem vista.

2.3. SISTEMA MISTO

Também se encontra na doutrina a existência de outro modelo processual penal, no qual se mescla os outros dois expostos alhures. Com marco histórico o final da Revolução Francesa, o presente sistema tem característica dicotômica, onde na primeira prevalece o modelo inquisitivo e na segunda o modelo acusatório.

Sendo assim, na primeira fase, publicidade, oralidade, contraditório e ampla defesa não são bem vistas; noutro lado, na segunda etapa, presentes se fazem os princípios da publicidade oralidade, contraditório e ampla defesa.

3 A VERDADE REAL: UM FATASMA QUE ASSONBRA O PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Sustentada no argumento de que no processo penal tutelam-se bens jurídicos de maior relevância, não poderia o julgador se contentar apenas com o que consta nos autos, podendo e devendo proceder por uma busca efetiva da verdade.

O primeiro complicador que se deve enfrentar é o de que a verdade é muito, nunca podendo dizer que tal foi alcançada na sua pura essência, mas no máximo que se chegou próximo do que poderia ser a verdade dos fatos. Corroborado para enxergar tal complexidade a afirmação de (LOPES JR, 2012, P. 589/590):

Não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real.

Em sentido semelhante (TOURINHO FILHO, 2007, P.17):

Por outro lado, quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de se chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é acessível apenas à Suma Potestade -, mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado.

Ora, deve-se ter em mente que o processo com as provas produzidas nele tem por uma mão o objetivo de reconstruir os fatos passados, afinal é dos fatos que a acusação busca extrair o fundamento condenatório.

Corroborando para a ideia supracitada as palavras de (CARNELUTTI, 1995, P.44):

As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o fato o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um trabalho de atenção e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o ministério público, o juiz instrutor, os juizes de audiência, os defensores, os peritos.

Nesse sentido, partindo de uma análise como mínimo de bom senso, fica evidente que jamais será possível reconstruir o exato acontecimento histórico que interessa ao processo, tudo porque uma mesma história pode mudar totalmente seu contexto se tem seu início contado de pontos diversos. Sendo assim, a verdade real é um mito por ser impossível de ser alcançada.

Ademais, deve-se refletir sobre a essência histórica do citado princípio, o qual afirma (PACELLI, 2014, P. 333):

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). Dissemos autorizava, no passado, por entender que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no.

Nota-se, portanto, que acreditar que se chegou a verdade apenas com os meios que a legislação pátria atual legitima a produção das provas para a

reconstrução dos fatos se revela temerário, pois a verdade é algo que guarda profunda complexidade, sendo praticamente impossível de chegar a ela no caso concreto.

4 ANÁLISE DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal hodierno consagra na primeira parte de seu artigo 156 a regra de que o ônus da prova cabe a quem alega.

Nessa toada, como desenhado anteriormente, pelos valores democráticos que emanam da Constituição Federal frente a presunção de inocência, caberá à acusação elidir essa presunção constitucional, provando que os fatos que são imputados ao agente configuram ilícito penal.

A parte que causa maior entrave acadêmico diz respeito à parte final do aludido dispositivo, em dois incisos, outorga a possibilidade da iniciativa probatória de ofício pelo magistrado.

O primeiro inciso, que com uma divisão de posições a seu respeito na doutrina, cuida da possibilidade da produção de provas de ofício pelo magistrado, ainda antes do início do processo, quando reputar tais como urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida⁸.

De um lado, entende-se que se deve fazer uma interpretação que vá além da literal, fazendo harmonia com o sistema acusatório adotado pela Magna Carta e também com o princípio da verdade real.

Busca-se a ideia de uma interpretação restritiva do dispositivo em baila, onde a natureza da antecipação das provas urgentes e relevantes seja reconhecido como de natureza cautelar, exigindo a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

No sentido explanado acima, é o pensamento de (AVENA, 2013, P. 501):

Em verdade, a faculdade estabelecida no art. 156, I, do CPP deve ser interpretada restritivamente, levando-se em conta, primeiramente, o fato de que a produção antecipada de provas é medida que possui natureza cautelar, exigindo a presença dos requisitos dessa ordem de providências, quais sejam o *fumus boni iuris*, evidenciado por meio da prova da materialidade de um crime ou da existência de indícios razoáveis de que o

⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). 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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

indivíduo contra quem se busca a prova concorreu para a prática de uma infração penal; e o periculum in mora, correspondente aos requisitos da relevância e urgência mencionados pelo Código, os quais se traduzem, respectivamente, na importância da prova a ser realizada para a descoberta da verdade real e na probabilidade (não bastando a mera possibilidade) de que a elucidação dos acontecimentos possa restar prejudicada caso a prova não seja imediatamente realizada. Atente-se, ainda, à circunstância de que o art. 156, I, possibilita ao juiz adotar tal ordem de providências mesmo antes de iniciada a ação penal.

Em que pese a posição dessa respeitável parcela da doutrina, à luz dos valores democráticos reluzentes da Constituição Federal de 1988, ela não deve prevalecer. Vejamos.

É ululante a inconstitucionalidade do inciso em comento, simplesmente porque admitir a atuação ativa do magistrado na oportunidade da fase investigativa, sem sobre de dúvidas seria esmagar o princípio da imparcialidade, posto que é papel do titular da persecução penal esta preocupação, a iniciativa de preservação de uma prova deve partir do Ministério Público, que com a competente agilidade deve requerer ao magistrado a produção antecipada desta.

A grande problemática que deixa nublada essa visão são as sucessivas reformas no Código de Processo Penal, que acabam por criar espaço para a formação de novas divergências doutrinárias.

Ao passo que o artigo 156, fruto da Lei nº 11.690/08 autoriza a intervenção do magistrado na face policial para a produção de uma prova, de forma expressa o artigo 311 do Código de Processo Penal, oriundo da reforma feita pela Lei nº 12.403/11, estabelece que apenas na fase processual que poderá o magistrado ordenar a prisão preventiva do acusado de ofício, sendo vedado assim fazer na fase policial⁹.

Ademais, pela dicção do artigo 395 do Código de Processo Penal, a jurisdição no processo penal se inicia com a apreciação da peça acusatória, recebendo-a ou rejeitando-a. Note-se, a atuação que desenvolve o magistrado na decretação de uma medida cautelar durante as investigações se arrima ao controle de constitucionalidade daquele ato constrictivo. Nesse sentido (PACELLI, 2014, P. 336):

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (arts. 395 e 396, CPP). No curso do inquérito policial o de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos

⁹ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

procedimentos. 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 de constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.

Esta é a razão do magistrado, sob pena de ferir a Magna Carta, não interferir no decorrer da investigação. Deve ele atuar nos casos em que o documento maior atribui o ônus da reserva de jurisdição, para que possa restringir a liberdade do indivíduo em harmonia com os direitos e garantias fundamentais, e não preservar lastros de expectativa sobre elementos que possam conduzir à condenação do investigado.

Nem de longe parece compatível com os valores democráticos que ele vá além das hipóteses estampadas na Constituição, para alcançar uma “verdade”.

Ainda guarda maior discussão a Constitucionalidade do inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, haja vista que o aludido dispositivo trata da produção probatória de ofício pelo magistrado na fase processual, ou seja, já se iniciou a jurisdição. O citado dispositivo permite que o magistrado produza a prova de ofício quando necessário para sanar dúvida sobre ponto relevante¹⁰ do processo.

Portanto, o que se busca saber quando analisamos criticamente a disposição legal é até que ponto a imparcialidade e por consequência um devido processo legal estariam assegurados ao acusado.

Há quem entenda pela constitucionalidade do dispositivo em baila por estar em harmonia com o princípio da verdade real, que para estes ainda é viga mestra do processo penal.

Argumenta-se que se a prova é destinada ao convencimento do julgador quanto aos fatos de certo processo, de modo que não seria razoável deixar o magistrado amarrado somente às provas apresentadas pela acusação e defesa.

Com essa linha de pensamento segue as palavras de (AVENA, 2013, P.504):

Considera-se, afinal, que, se a prova dirige-se ao juiz, visando à formação de seu convencimento quanto aos fatos alegados pelas partes, não seria razoável exigir do magistrado uma posição absolutamente inerte na fase instrutória do processo criminal, vinculando-se, apenas, às provas requeridas ou produzidas pelas partes.

¹⁰ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Em que pese o argumento sustentado acima, é manifesta a incompatibilidade do dispositivo com a Constituição Federal, por violação a princípios que estão em seu arcabouço. Vale argumentar, como é sabido, as demais leis infraconstitucionais devem ser impregnadas pelos valores contidos no Diploma Máximo sob pena de inconstitucionalidade.

Nessa toada, o princípio da verdade real não encontra arrimo na Constituição Federal, isso fica demonstrado porque nela não há disposição expressa e nem há norma que permita extrair tal princípio.

De outro lado, como sumariamente foi trabalhado, é valor constitucionalmente consagrado e inume ao pálio de um retrocesso o direito à um juiz imparcial, sem comprometimento subjetivo com a causa.

Pois bem.

Quando o magistrado busca a produção da prova, fatalmente desequilibra a relação processual pendendo para um dos lados. Tratando-se do processo penal, é fácil saber para qual lado o magistrado irá, afinal o ônus da prova quanto autoria e materialidade, como já visto é da acusação.

Deste modo, sendo encargo probatório da acusação a prova de autoria e materialidade, observa-se que sempre haverá um “vácuo” quando tal se quedar inerte, o que possibilita que o magistrado apenas produza provas em desfavor do acusado.

Tal raciocínio é óbvio, haja vista que não cabe a pessoa do acusado provar sua inocência, pois milita a seu favor a máxima constitucional da presunção de inocência.

Portanto, se nos autos não existem elementos suficientes para o magistrado condenar o indivíduo, o caminho não é ordenar a produção de provas de ofício, haja vista que fatalmente estará desequilibrando a relação processual, afrontando a Constituição Federal. Demonstra-se, todavia, como caminho correto, absolver o acusado por ausência de provas, consagrando a máxima democrática do “*in dubio pro reo*”.

Quando o magistrado toma tal atitude, o prejuízo para a seriedade do processo criminal é latente, haja vista que primeiramente toma uma decisão com base em uma preconcepção sobre os fatos (precisa daquela prova para confirmação da realizada imaginada), e depois persiga os elementos que justificam a tomada da sua decisão.

Nessa linha de argumentação corrobora o pensamento de (COUTINHO *apud* LOPES JR, 2012, P. 144): “Abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.

Como abordado, é evidente que o magistrado na condução do processo sabe exatamente o rumo que se dará a tal com a produção daquela prova, sendo assim, não há como ignorar que quando ele decide pela produção de ofício ainda que de forma implícita estará pondo sua imparcialidade em xeque.

Nessa linha ensina (LOPES JR, 2012, P.144):

O juiz, ao ter iniciativa probatória, está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. Mais do que uma “inclinação ou tendência perigosamente comprometedora”, trata-se de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador. Nessa matéria não existe juiz imparcial, seja ele juiz ou promotor.

Em raciocínio semelhante ao trabalhado acima, porém menos radical, enxerga-se a validade da norma ora debatida trabalhando a ideia de que a imparcialidade não se sustenta exclusivamente na ausência de interferência do magistrado no processo, mas sim em uma atuação acusatória efetiva que possa ser por ele adotada destinada a suprir uma deficiência da acusação.

Para os seguidores dessa linha de pensamento, há uma diferença do que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória.

Nesse sentido explica (PACELLI, 2014, P. 338):

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).

Para melhor compreensão segue o exemplo dado pelo eminente doutrinador:

O art. 564, III, b, do CPP, prevê 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. (PACELLI, 2014, P. 338).

Pelo viés da iniciativa probatória, a dúvida teria o condão de preocupar em sanar pontos pertinentes a qualidade e idoneidade da prova, jamais buscá-la. Não diz respeito ao que não foi produzido; pelo contrário: só pode referir-se ao que já foi produzido nos autos, sob a égide do contraditório e da ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao todo exposto, verificou-se pelo todo explanado que, embora a atual ordem constitucional de forma clara por ter total espírito democrático tenha como ideal a adoção do sistema acusatório, não é o que se vivencia na prática, haja vista a ainda vigência do defasado Código de Processo Penal, que tem base inquisitória e inspiração no movimento fascismo que tomava a época da edição de tal diploma.

Resta também concluir quanto a resistência, pelo próprio legislador, em inserir reformas ao Código de Processo Penal que o tornem mais democrático, como se demonstra pela reforma ocorrida pela Lei 11.690/08 onde não se alterou as disposições pertinentes aos poderes instrutórios do magistrado, permitindo que ele produza provas de ofício.

Verifica-se ainda que essa resistência não só é do legislativo, pois infelizmente a Magna Carta ainda não é bem vinda em muitos gabinetes de juízes, desembargadores e membros do Ministério Público, o que inviabiliza a realização de um processo penal democrático e por consequência justo. Deste modo, em pleno Estado Democrático de Direito verifica-se a presença de mecanismos a disposição do punitivismo a qualquer custo, servindo aos casos em que não for possível atingir a condenação observando as garantias individuais do cidadão.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo Penal Esquematizado**. 6ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. (<livro digital: arquivo aberto no aplicativo “Aldiko” no sistema operacional Android 4.1>).

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Senado, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de Outubro de 1941. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 25 ago. 2014.

CARNELUTTI, F. **As Misérias do processo penal**. Tradução José Antonio Cardinali. Canan, 1995.

CHOUKR, F. H. **Processo Penal à luz da Constituição**. 1ª. ed. – São Paulo: Edipro, 1990.

Convenção Internacional Sobre Direitos Humanos. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > Acesso em 4 de nov de 2014.

LIMA, R. B. **Curso de Processo Penal**. 1ª. ed. – Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. (<livro digital: arquivo aberto no aplicativo “Aldiko” no sistema operacional Android 4.1>).

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Processo Penal e Execução Penal**. 10ª. ed. Revista atualizada e ampliada. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**. 18ª. ed. revista ampliada e atualizada de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12. 878 de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014

Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: < http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf > Acesso em 4 nov. 2014.

SIQUEIRA, D. P.; OLIVEIRA, F. L., **Acesso à Justiça e concretização de direitos**. 1ª. ed. – Birigui: Boreal, 2014.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

O que é Heresia. Disponível em: < <http://www.significados.com.br/heresia/> > Acesso em 19 nov. 2014.