

Poderes instrutórios do juiz no processo penal: justificativa e limites

Autora: Giovana Guimarães Cortez

Juíza Federal Substituta da 2ª Vara Federal de Joinville/SC

publicado em 16.12.2009

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente trabalho aborda a questão da justificativa e dos limites dos poderes instrutórios do juiz. É certo que, em regra, o ônus da prova cabe às partes, entretanto, pode o juiz atuar supletivamente na instrução probatória para o fim de dirimir dúvida relevante. Ainda que o processo penal brasileiro tenda a se aproximar do sistema acusatório, como se vê inclusive nas recentes alterações introduzidas pela reforma do Código de Processo Penal, persiste o poder do juiz de, em busca da verdade real, determinar de ofício a produção de provas que se mostrem indispensáveis à formação de seu convencimento para melhor julgar a causa.

Sumário: Introdução. 1 A busca da verdade real como justificativa da iniciativa probatória do juiz. 2 Ônus da Prova. 3 Sistemas processuais e imparcialidade do julgador. 4 Distinção entre meio de prova e fonte de prova como critério para o manejo dos poderes instrutórios do juiz. Conclusão. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Juiz. Imparcialidade. Iniciativa probatória. Verdade Real.

Introdução

O juiz é o destinatário da prova produzida no processo e com base nela firma o seu convencimento para decidir a causa. É isso o que determina o artigo 155 do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008: “O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A fim de propiciar uma prestação jurisdicional mais segura, o Código de Processo Penal, animado pelo princípio da busca da verdade real, confere amplos poderes instrutórios ao juiz. Tal circunstância poderia levar precipitadamente à conclusão de que o julgador, no âmbito do processo penal brasileiro, atua de forma inquisitória, buscando, por todos os meios, a verdade dos fatos. Entretanto, essa conclusão não corresponderia à realidade, pois, embora amplos, os poderes instrutórios do juiz não são ilimitados, posto que encontram limites, sobretudo, no seu dever de imparcialidade.

1 A busca da verdade real

No âmbito do processo penal, os poderes instrutórios do juiz, mesmo antes das alterações trazidas pela nova legislação, especialmente por meio das Leis 11.690 e 11.719, ambas de 2008, sempre estiveram relacionados à busca da verdade real.

Inobstante a dificuldade de definir o que seja verdade,(1) o que, aliás, não é objetivo do presente texto, tem-se que já no início da vida acadêmica os estudantes de Direito aprendem que no processo penal vige o princípio da verdade real,(2) enquanto no processo civil, que no mais das vezes trata

de direitos disponíveis, o juiz se contenta com a prova produzida pelas partes, em atenção à verdade formal. Tanto é assim que no processo civil, na hipótese de o réu não contestar a ação, presumem-se verdadeiros os fatos alegados na inicial (artigo 319 do CPC).

Ensina Nucci que “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 104).

Não há dúvidas de que a verdade real, como verdade absoluta, é um objetivo inalcançável, mas se trata de um mito útil ao processo, na medida em que traduz um maior esforço na reconstituição de como os fatos, que constituem o objeto da causa posta em juízo, ocorreram.

Mesmo no processo civil, informado pelo princípio dispositivo e regido segundo a doutrina pelo princípio da verdade formal, o juiz conta com poderes instrutórios, conforme se vê do artigo 130 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Caberá ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Percebe-se, então, que, a par da distinção entre verdade real e verdade formal, a iniciativa probatória do juiz no processo civil se aproxima daquela verificada no processo penal, tanto que alguns autores⁽³⁾ já não veem mais sentido na dicotomia verdade real x verdade formal. Não obstante a semelhança existente entre a atividade probatória do juiz no processo penal e no processo civil, é certo que vige neste um sistema de presunções e ficções que não pode ser utilizado naquele.

A jurisprudência atual reconhece esse perfil mais ativo do juiz no processo civil no tocante à produção probatória, conforme se vê do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL DE OFÍCIO. NÃO INFRINGÊNCIA AO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. MODERNA DOUTRINA PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DESPROVIDOS. 1. Se, por um lado, a parte deve provar o fato constitutivo do seu direito – art. 333, I, do Código de Processo Civil –, por outro, o juiz, se não se convencer de que as provas produzidas são suficientes para o desate da controvérsia, pode determinar a realização de outras provas, como oitiva de testemunhas e perícia técnica 2. Os sistemas dos ônus probatório e da possibilidade de se realizar de ofício provas não pedidas pelas partes coexistem no nosso sistema, de forma que um não anula o outro, não havendo infringência ao art. 333, I, do Código de Processo Civil há determinação de se fazer perícia, de ofício. 3. A mais moderna doutrina processual civil vem caminhando lado a lado com o princípio da verdade real do processo penal, de forma que se busca esclarecer todos os fatos, ainda que com realização de prova ordenada de ofício, para posteriormente julgar a causa. O princípio da verdade formal vem, então, cedendo ao princípio da verdade real, tendo o juiz como grande partícipe dessa virada interpretativa. 4. Embargos de declaração desprovidos.” (TRF da 1ª Região, EDAC 2000.01.00.021479-6, Rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves, Terceira Turma Suplementar, DJ 01.09.2005, p. 118)

O Código de Processo Penal, por sua vez, no artigo 156, na redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, faculta ao juiz buscar a prova, nos seguintes termos:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Não somente o artigo supratranscrito refere a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a produção de prova, há no Código de Processo Penal outros dispositivos que também tratam da questão: artigo 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”); artigo 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”); artigo 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”).

A razão pela qual a lei processual penal confere ao juiz a possibilidade de determinar de ofício a produção de provas é uma apenas: segurança na solução de conflitos que afetam bens caros à sociedade, como o são os bens jurídicos tutelados pela lei penal e a liberdade do acusado.

Com efeito, dada a natureza dos interesses em litígio na esfera penal, que impede que as partes a eles renunciem ou deles abdicuem, salvo as transações legalmente admitidas,(4) o legislador pátrio houve por bem dotar o juiz dos instrumentos necessários a uma prestação jurisdicional o mais segura possível.(5)

2 Ônus da prova

Em regra o ônus da prova incumbe à parte que alegar fato relevante que lhe seja favorável. Ônus, segundo Tourinho, “é um imperativo que a lei estabelece em função do interesse daquele a quem é imposto” (cf. **Processo Penal**. *Cit.* v. 3, p. 237).

Acerca do tema, diz Nucci que “ônus não é dever, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação” (cf. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, *cit.*, p. 392-3).

O ônus da prova pode ser analisado pelos seus aspectos subjetivo e objetivo.(6) Sob o aspecto subjetivo, tem a ver com o interesse das partes de fazer a prova dos fatos que lhes favoreçam. No que tange ao aspecto objetivo, o ônus da prova é visto como regra de julgamento, no sentido de que, em havendo dúvida, o juiz deve julgar em prejuízo daquele a quem incumbia provar o fato relevante, que, ao final, não restou provado.

No processo penal a regra do ônus da prova é mitigada pelo princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, também pelo princípio do *in dubio pro reo*. Com efeito, da leitura da antiga redação do artigo 156 do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”), tradicionalmente entendia-se que era ônus da defesa provar eventual causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Entretanto, influenciada pela doutrina garantista, a reforma do CPP produziu alteração nesse panorama. Embora a nova redação do artigo 156 pareça ter mantido incólume a regra do ônus probatório, o artigo 386, que trata dos fundamentos da absolvição, foi alterado pela Lei nº 11.690, de 2008, sendo, de acordo com a nova redação de seu inciso VI, suficiente para a absolvição a dúvida fundada a respeito da ocorrência de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.(7)

Os poderes instrutórios do juiz também abrandam o rigor da regra do ônus da prova, embora as partes não devam permanecer inertes esperando que o juiz supra a sua atuação desidiosa. O precedente abaixo colacionado bem ilustra a questão:

“FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOCÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA Nº 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS FUNDAMENTOS. 1. Inexistindo qualquer fundamento no recurso de agravo

regimental para afastar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos. 2. A alegação do agravante de que o órgão julgador deveria ter agido de ofício, pois tinha notícia de documento relevante para a defesa, capaz de provar sua inocência, implica, necessariamente, reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula nº 07 desta Corte Superior. 3. **Em que pese o disposto nos arts. 156 e 234 do Código de Processo Penal, a possibilidade de o juiz determinar a juntada de documento que entenda relevante, em busca da verdade real, não se sobrepõe ao dever das partes de arcar com o ônus da prova.** 4. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no Ag 731714 Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 30.10.2006, p. 382) (destaques acrescidos).

De acordo com o já mencionado artigo 156 do Código de Processo Penal, restando dúvida sobre ponto relevante para a solução da causa, ou seja, não se mostrando suficiente a prova trazida pelas partes, permite-se ao juiz determinar de ofício a produção da prova pertinente.

Contra a iniciativa probatória do juiz pesa o argumento de que a atividade deste na seara probatória é prejudicial à defesa, pois na hipótese de falta de provas impõe-se a absolvição do réu.

Não se pode aceitar tal assertiva. Com efeito, não se nega que é ônus da acusação a prova do fato criminoso e de sua autoria, inclusive no que tange ao elemento subjetivo do tipo. Entretanto, antes da produção de uma prova não é possível saber se ela beneficiará a acusação ou a defesa.

Ademais, quando busca esclarecer um ponto relevante para o julgamento da causa, o julgador não deve estar preocupado em favorecer nenhuma das partes; o seu compromisso único é tentar se aproximar o máximo possível da verdade dos fatos.

Desse modo, somente no caso de dúvida que não possa ser sanada pela atividade supletiva do juiz no tocante à produção da prova, deve o ônus da prova ser utilizado como regra de julgamento.

3 Sistemas processuais e imparcialidade do julgador

Tradicionalmente vem-se entendendo que há dois tipos básicos de sistemas de processo penal: o inquisitivo(8) e o acusatório, podendo na prática existir variações ou combinações destes.

No sistema inquisitivo, ensina Capez, o processo "é sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual as práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão" (**Curso de Processo Penal**, p. 46).

De outro lado, o sistema acusatório é visto como mais democrático e como aquele que assegura a imparcialidade do juiz, dentre outros predicados.

Segundo Tourinho, são traços do sistema acusatório:

"a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, *pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitur'*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, ou qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado." (**Processo Penal**, v. 1, p. 88-9)

Com base nesses traços característicos, defende Tourinho que o sistema processual penal pátrio é acusatório.

Para Nucci, o sistema acusatório é marcado por praticamente as mesmas características apontadas por Tourinho,**(9)** porém, sustenta aquele autor, baseado inclusive na possibilidade de o juiz produzir prova de ofício,**(10)** que o nosso ordenamento adotou o sistema misto.

A adoção da expressão sistema misto inspira cuidados, pois pode ser empregada para designar um tipo de sistema processual marcado pela existência de um juizado de instrução que atua após a investigação preliminar e prepara o processo para julgamento. Obviamente que, sob tal enfoque, não se pode afirmar que o sistema pátrio é misto.

No entanto, se considerarmos que sistema misto é aquele que mescla características dos sistemas inquisitivo e acusatório, não há problemas em considerarmos que o processo penal brasileiro o adota.

Com efeito, muitas nuances do nosso sistema levam à conclusão de que se trata de um sistema misto. Houvesse o Brasil adotado o sistema acusatório na sua forma pura, não estaria o juiz dotado de poderes instrutórios, nem haveria possibilidade de decretação de ofício de prisão preventiva, dentre outras cautelares. Por outro lado, fosse o sistema vigente inquisitivo, não haveria qualquer sentido em falar em ônus da prova, pois ao juiz caberia acusar e defender, além de julgar.

Do que transparece da Constituição e do Código de Processo Penal, o sistema brasileiro pode ser tido como misto, com preponderância de características do sistema acusatório.

Aliás, a feição acusatória do sistema vigente foi acentuada pela recente reforma do Código de Processo Penal, como se percebe, por exemplo, da nova redação dos artigos 212 e 384.**(11)** Entretanto, paradoxalmente, a mesma reforma, ao alterar a redação do artigo 156, já transcrito, parece ter ampliado os poderes instrutórios do juiz, tornando possível o exercício destes antes mesmo do início da ação penal. Não obstante o permissivo conferido pelo artigo 156 do CPP, na prática mostra-se difícil a ocorrência de uma situação que justifique que o juiz determine, de ofício, a produção de alguma prova na fase investigatória.

Não se desconhece, porém, a existência de vozes na doutrina que veem o sistema brasileiro como estruturalmente inquisitivo. É o caso de Aury Lopes Júnior,**(12)** para quem os poderes instrutórios do juiz e o fato de o inquérito policial ser utilizado para fundamentar a sentença constituem as bases de um sistema inquisitivo. Entretanto, apesar do brilhantismo daqueles que sustentam essa posição, considerar que o sistema é inquisitivo parece ser um exagero. Primeiro, porque a atividade probatória do juiz é apenas supletiva à das partes. Segundo, porque os elementos do inquérito servem somente para complementar a prova produzida em juízo, sendo que a nova redação do artigo 155 do CPP veda expressamente a possibilidade de condenação embasada exclusivamente em elementos colhidos na fase pré-processual.**(13)**

Como já visto no presente trabalho, o sistema acusatório, do qual se aproxima, ou ao menos tenta se aproximar, o processo penal brasileiro, preza pela imparcialidade do julgador, que tem posição equidistante das partes. Por outro lado, os poderes instrutórios do juiz traduzem um certo traço inquisitivo do processo penal brasileiro. Inevitavelmente surge a questão do comprometimento da imparcialidade do juiz pela utilização de tais poderes instrutórios.

A quebra da imparcialidade ocorre quando o juiz está comprometido com o sucesso de uma das partes. Como referido anteriormente, ao fazer uso dos poderes instrutórios que lhe foram legitimamente atribuídos pela lei, o juiz não deve ter o intuito de favorecer qualquer das partes e se transformar em uma espécie de juiz acusador ou de juiz defensor. E,

antes de determinar a produção de determinada prova, o juiz também não pode saber se o resultado desta favorecerá a acusação ou a defesa.

Assim, a faculdade do juiz de determinar a produção de provas de ofício, se utilizada criteriosamente e de forma supletiva à atuação das partes na seara probatória, não vulnera a imparcialidade.

4 Distinção entre meio de prova e fonte de prova como critério para o manejo dos poderes instrutórios do juiz

A distinção entre fonte de prova e meio de prova⁽¹⁴⁾ mostra-se útil para a delimitação dos poderes instrutórios do juiz, de modo que a imparcialidade não seja alijada.

É possível definir fonte de prova como tudo aquilo de que se possa extrair informações relevantes acerca de um fato alegado. Por sua vez, meios de prova são as formas pelas quais as informações relevantes trazidas pelas fontes são inseridas no processo.

Faz-se importante a distinção aventada porque investigar, efetivamente, é buscar as fontes de prova. É descobrir testemunhas de um fato, é procurar pelos instrumentos e pelo produto do crime, pelos seus vestígios, dentre outras atividades. Nesse diapasão, se o juiz, em decisão devidamente motivada,⁽¹⁵⁾ determina a produção de um meio de prova, cuja fonte já seja conhecida das partes, não há que se falar em quebra da imparcialidade.

O que não deve o juiz é criar em sua mente hipóteses sobre os fatos objeto do processo e buscar novas fontes de prova para confirmá-las. Agindo dessa forma, assume o juiz o papel de autêntico investigador policial.

Assim, por exemplo, ao determinar o depoimento de uma testemunha referida, ao expedir um ofício ao fisco para que este informe se o réu pagou o tributo de cuja supressão é acusado, ou ao determinar a complementação de um exame pericial, não nos parece que esteja o juiz agindo como juiz acusador, como violador das garantias do acusado.

É importante frisar que o processo penal deve ser pensado não apenas como um sistema de garantia dos direitos do acusado frente ao poder do Estado, mas também como um meio pelo qual o mesmo Estado efetivamente tutela os bens jurídicos especialmente protegidos pela lei penal.

Quando avocou o poder jurisdicional para si, o Estado obrigou-se a prestar a efetiva tutela dos direitos. O pacto social é calcado nesse poder-dever do Estado, que dele não pode se eximir, sob pena de retrocedermos a um sistema de autotutela.

Conclusão

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro vem passando por grandes transformações rumo a um perfil mais acusatório, sendo que a recente reforma do Código de Processo Penal, trazida a lume pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, acentua ainda mais as características acusatórias do sistema vigente.

Não obstante essa preponderância de características acusatórias, mantém o processo penal brasileiro, animado pelo princípio da busca da verdade real, alguns traços inquisitivos, como a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a produção de provas.

Embora a verdade absoluta não seja alcançável pelo juiz, afigura-se a verdade real um mito útil ao processo penal, na medida em que traduz um maior esforço de aproximação da verdade.

Contrapondo o processo penal interesses indisponíveis – o do Estado em apurar as circunstâncias de um crime e de punir o culpado, bem como o do acusado de manter a sua liberdade –, houve por bem o legislador dotar

o juiz de poderes instrutórios para suprir, em caso de dúvida sobre fato relevante para o julgamento, eventuais deficiências das partes.

Assim, a jurisdição penal, que trata de direitos e interesses caros à coletividade, deve ser prestada de forma segura, recorrendo o juiz ao ônus da prova como regra de julgamento apenas em último caso.

É certo, porém, que a imparcialidade do juiz é uma garantia fundamental dos cidadãos e requisito primeiro de um julgamento justo e, ainda, que um juiz extremamente ativo na busca da prova pode se despir da necessária tranquilidade psicológica para julgar com isenção. Por essas razões, a atuação do juiz na seara probatória é apenas supletiva e deve ser comedida.

Um critério razoável para delimitar o poder de iniciativa probatória do juiz repousa na distinção entre fonte de prova, como tudo aquilo de que se possa extrair informações relevantes sobre os fatos objeto do processo, e meio de prova, como a forma pela qual as informações trazidas pelas fontes são inseridas no processo.

Com base na distinção supra, seria possível ao juiz determinar, de ofício, a produção de meios de prova cujas fontes estejam ao menos mencionadas nos autos. O que seria vedado ao juiz é a busca de novas fontes de prova, com vistas a confirmar eventuais hipóteses sequer cogitadas pelas partes.

Frise-se que o compromisso do juiz é com a realização da justiça possível, não lhe sendo permitido buscar a justiça a qualquer preço, o que lhe transformaria, sim, em justiceiro. Há de se buscar o ponto de equilíbrio, que permita ao julgador tentar dirimir dúvida sobre ponto relevante e que, ao mesmo tempo, não o afaste da necessária isenção para decidir.

Enfim, o que se defende no presente trabalho é a possibilidade de o juiz, em decisão devidamente fundamentada e, ainda, de forma supletiva e comedida, determinar de ofício a produção de meio de prova que se mostre indispensável ao julgamento da causa, com o fim de melhor cumprir a sua função, que é prestar a efetiva tutela jurisdicional.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. v. I.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2001. v. 44 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

Notas

1. Segundo Malatesta, verdade é “a conformidade da noção ideológica com a realidade” (**A lógica das provas em matéria criminal**, v. I, p. 22). Independentemente do conceito adotado, o certo é que no processo a verdade absoluta não é acessível ao juiz, nem a qualquer outro ser humano; o escopo da atividade probatória é aproximar o juiz o máximo possível da verdade.

2. Da lição de Grinover, Scarance e Gomes, extrai-se que “A prova penal é uma reconstrução histórica; é irrelevante que os fatos sejam incontroversos, e apesar da convergência das partes o juiz penal sempre deve pesquisar, com a finalidade de colher a prova que possa fazer-lhe conhecer os fatos reais e verdadeiros. Por isso se diz que no processo penal está em causa não a verdade formal, e sim a verdade material” (**As nulidades no processo penal**, p. 131).

Ainda, sobre a questão da verdade real, Tourinho assim se manifesta: “A função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e ao descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença. Por outro lado, com bastante acerto, ensina Manzini que a declaração de certeza da verdade real, em princípio, é, sem dúvida, de todo o ordenamento processual, seja penal, seja civil etc., mas, quando os particulares podem dispor livremente de seus interesses, um acordo direto ou indireto entre eles pode excluir, no todo ou em parte, necessária ou eventualmente, a verdade real do Processo Civil, sem dano, antes, com vantagem para a ordem das relações patrimoniais. De fato, enquanto o Juiz penal não deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições, para dar base certa à justiça” (**Processo Penal**, v. 1, p. 37-8).

3. É o caso de Gustavo Badaró, para quem nem a verdade formal nem a verdade material traduzem uma verdade absoluta, tendo tais expressões utilidade apenas para se distinguir graus de aproximação da verdade (**Ônus da prova no processo penal**, p. 31-36).

4. Vide Leis 9.099/95 e 10.259/2001

5. A respeito, o seguinte julgado:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESVIO DE VALORES DE COTAS DE CONSÓRCIO. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 5º DA LEI Nº 7.492/86. SUJEITO ATIVO. POSSIBILIDADE DE CONCURSO DE TERCEIROS PARA A PRÁTICA DO ILÍCITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. OBSERVÂNCIA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. BUSCA DA VERDADE REAL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA DE JUÍZO DE EXCEÇÃO. DESVIO DE VALORES. INEXIGÊNCIA DE POSSE DURANTE LAPSO TEMPORAL MÍNIMO PELO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA ÍNSITA AO DELITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DECRETADA. 1. O ilícito desvio de recursos atinentes a cotas de consórcios por parte dos gestores de instituições administradoras de consórcios, em proveito próprio ou alheio, caracteriza, em tese, o delito previsto no art. 5º da Lei nº 7.492/86. 2. O fato do delito tipificado no art. 5º da Lei de Crimes de Colarinho-Branco ser crime próprio não impede o seu cometimento com o concurso de terceiros que

não ostentem a especial qualidade do sujeito ativo, exigida pelo tipo penal. 3. É competente a Justiça Federal para o processo e o julgamento dos crimes de apropriação ou desvio de valores pertencentes a grupos de consórcios, por parte dos respectivos administradores, que têm a posse do numerário. 4. Expondo a denúncia claramente o fato delituoso, indicando os supostos responsáveis pela prática delitiva e a classificação do crime, não há falar em inépcia da denúncia, porquanto viável o pleno exercício do direito de defesa por parte do acusado. 5. Tendo o magistrado, ao julgar as imputações formuladas, respeitado os limites fáticos postos na vestibular acusatória e em seu aditamento, não se há falar em julgamento *ultra petita*, nem em ofensa ao princípio da correlação. 6. A prova emprestada, embora não expressamente contida no Código de Processo Penal, é nele admissível como prova não ilícita ou imoral, com relativo valor a ser dado pelo magistrado da causa. 7. **O sistema processual penal pátrio, como se dá na grande maioria dos países da Europa e da América, dota o juiz de poderes instrutórios, permitindo-o determinar, de ofício, a produção de provas que lhe pareçam úteis à elucidação dos fatos, sobretudo em face da busca da verdade real – requisito primeiro para a realização da justiça.** 8. Inocorrente juízo de exceção, com designação específica do magistrado para a atuação na causa, não se tem violado o princípio do juiz natural. 9. O delito do art. 5º da Lei nº 7.492/86 na modalidade de desvio de valores em proveito alheio não reclama que o beneficiário da infração fique, durante certo lapso temporal mínimo, na posse do bem desviado, bastando que, de algum modo, exista o ilícito locupletamento seu ou de outrem. 10. A ocupação de alto cargo na administração de instituição financeira, por si só, não tem o condão de atrair a negativa valoração da culpabilidade do acusado, quando o crime próprio exige do sujeito ativo a especial qualidade de gestor da instituição financeira. 11. Segundo orientação do E. STJ, na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o magistrado deve motivar a quantidade de sanções alternativas a serem aplicadas e também a escolha das espécies cabíveis. Nulidade da sentença decretada no específico ponto.” (TRF4, ACR 2001.70.00.018684-9, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 09.01.2008) (destaques acrescidos)

6. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico com propriedade discorre sobre o assunto: “O ônus subjetivo da prova identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir”. E mais: “Ao lado dessa perspectiva subjetiva, atrelada à **atividade probatória** das partes, a doutrina passou a enxergar outro perfil do ônus da prova, visceralmente ligado à própria atividade jurisdicional, a partir do último quartel do século passado. Diante da necessidade de o juiz proferir uma decisão – mesmo sem haver atingido convicção sobre os fatos relevantes durante a instrução – a inafastabilidade do julgamento provoca um risco (**objetivo**) de sucumbimento sobre os litigantes. É o risco da prova frustrada” (**O ônus da prova no direito processual civil**, p. 131-3).

7. Sobre o assunto, Nucci assim se manifesta: “Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo por meio da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até porque terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, consequentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido, e não

condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da justificativa, deve beneficiar a defesa” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 393).

8. Sobre as origens do processo inquisitivo, veja-se a lição de Tourinho: “O processo inquisitivo despontou em Roma, quando já se permitia ao Juiz iniciar o processo de ofício, e, ao atingir a Idade Média, por influência da Igreja, o processo *per inquisitionem* passou a dominar toda ou quase toda a Europa continental, a partir do Concílio Lateranense, de 1215. Foi introduzido, na verdade, pelo Direito Canônico, mas, em seguida, viram os soberanos, nesse tipo de processo, uma arma poderosa, e por isso espalhou-se entre os Tribunais seculares” (**Processo Penal**, v. 1, p. 90).

9. Com efeito, sobre o sistema acusatório, Nucci assevera: “Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 116).

10. Prossequindo sobre o sistema processual pátrio, diz Nucci: “Defender o contrário, classificando-o como acusatório, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, dos elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquirido, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti*, e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 118-9).

11. Com efeito, a redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008, permite que as partes perguntem diretamente às testemunhas. Confirma-se: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

Sobre essa alteração legislativa, colhe-se da lição de Andrey Borges de Mendonça: “Como é sabido, antes da reforma, o sistema de inquirição de testemunhas era o presidencialista, no qual as perguntas das partes eram dirigidas ao juiz, que as formularia à testemunha. A reforma, afastando-se desse sistema presidencialista de inquirição, adotou o sistema da inquirição direta, também chamado de *cross-examination*, de origem norte-americana. Nos Estados Unidos, esse sistema se baseia no *adversary system*, em que o magistrado se situa em posição secundária na produção de provas, relegando-se às partes a atividade principal na produção da prova” (**Nova reforma do Código de Processo Penal**, p. 194).

A obrigatoriedade de aditamento da denúncia para a aplicação do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*), independentemente da pena referente ao fato criminoso comprovado na instrução, se maior ou menor que aquela referente ao fato inicialmente imputado na denúncia, também constitui relevante mudança inclinada a um perfil mais acusatório de processo penal. A propósito, confirma-se a redação do dispositivo: “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos, de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. §1º

Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. §2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório, realização de debates e julgamento. §3º Aplicam-se as disposições dos §§1 e 2 do art. 383 *caput* deste artigo. §4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. §5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.”

12. Para Aury Lopes Júnior, “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. Está desenhado um processo inquisitório” (**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. 1, p. 72-3).

13. Não é objetivo deste trabalho discutir as implicações da utilização de elementos do inquérito policial como fundamento de uma sentença condenatória. Reconhece-se que se trata de questão tormentosa, tanto que a intenção inicial da comissão de juristas que atuou na reforma do CPP era vedar por completo a utilização de qualquer elemento do inquérito na formação do convencimento do julgador.

14. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, fontes de prova “são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. São elementos, ou meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações”. Sobre os meios de prova, aduz o mesmo autor: “são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa. Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com observância das formas que a lei estabelece e dirigidos pelo juiz” (**Instituições de direito processual civil**, v. III).

Sobre a necessidade de fundamentação idônea:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROL DE TESTEMUNHAS. MOMENTO APROPRIADO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. OFENSA. PRODUÇÃO DE PROVAS DETERMINADAS PELO JUÍZO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. LIMITES. 1. No processo penal, as testemunhas devem ser arroladas, sob pena de preclusão, na ocasião do oferecimento da denúncia e da apresentação da defesa prévia. É facultado ao juiz a oitiva de testigos não indicados pelas partes nas hipóteses previstas no art. 209 do CPP. Ressalvados esses casos, a decisão do magistrado que defere a produção de prova testemunhal requerida pelo *parquet* após encerrada a instrução criminal, sem qualquer justificativa plausível para o requerimento extemporâneo, ofende o princípio da ampla defesa, ao permitir que a acusação se manifestasse nos autos depois da defesa. 2. **É permitido ao julgador, à luz do princípio da verdade real que norteia o processo penal, ordenar, de ofício, a realização de diligências essenciais à elucidação dos fatos apurados. Porém, tal liberalidade de produção de provas pelo magistrado é supletiva e, portanto, comedida sua atividade, devendo estar assentada em decisão devidamente fundamentada.**” (TRF4, HC 2007.04.00.022894-7, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22.08.2007) (destaques acrescidos)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

CORTEZ, Giovana Guimarães. *Poderes instrutórios do juiz no processo penal: justificativa e limites.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 33, dezembro. 2009. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/giovana_cortez.html>

Acesso em: 04 ago. 2010.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS