



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A produção da prova pelo magistrado no sistema acusatório.

Luana Martinez Geraci Paladino

Rio de Janeiro
2012

LUANA MARTINEZ GERACI PALADINO

A produção da prova pelo magistrado no sistema acusatório.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Kátia Araújo da Silva
Prof^a Mônica Areal
Prof^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

A PRODUÇÃO DA PROVA PELO MAGISTRADO NO SISTEMA ACUSATÓRIO.

Luana Martinez Geraci Paladino

Graduada em Ciências Jurídicas pela
Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo: A Constituição Federal brasileira assegura que o Processo Penal se desenrole pautado em uma série de direitos e garantias que permite classificá-lo como acusatório. A ampla defesa, o contraditório, o devido processo penal e a presunção de inocência são exemplos de suas garantias individuais. O objetivo do presente trabalho é demonstrar, no âmbito do sistema acusatório vigente, a possibilidade da produção da prova pelo magistrado encarregado do julgamento do processo, não somente sem descaracterizá-lo, mas também como forma de assegurar outros direitos constitucionalmente previstos como a segurança, a paz social e o direito metaindividual à decisão justa.

Palavras-chaves: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Sistema acusatório. Produção da prova penal.

Sumário: Introdução. 1. Principais sistemas processuais penais. 2. O sistema brasileiro. 2.1. A produção e o ônus da prova no sistema processual vigente. 2.2. A possibilidade de produção da prova pelo magistrado e a aparente colisão com os direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta tema polêmico e relevante que diz respeito à possibilidade da produção da prova penal pelo magistrado responsável pela decisão do processo, buscando a demonstração de que tal atitude não viola o sistema acusatório adotado pela Carta Constitucional de 1988.

A Constituição Federal enumerou uma série de direitos individuais de titularidade do acusado que devem ser resguardados durante toda a marcha processual. Ocorre que a sociedade moderna vem crescendo em progressão geométrica de forma que a proteção dos

direitos metaindividuais tem atraído cada vez mais a atenção dos juristas e aplicadores do direito.

A discussão que se pretende estabelecer no presente artigo circunscreve-se à possibilidade de produção da prova pelo magistrado não ferir o sistema acusatório, principalmente no viés da presunção da inocência. Não se busca, como se demonstrará, a exclusão ou atenuação do *ônus probandi* de quem o detenha e nem da imposição desse ao magistrado.

Ao contrário, busca-se sim, com atenção a todos as garantias inerentes ao estado democrático de direito à proteção de outros direitos, esses metaindividuais, de titularidade de toda a sociedade sendo possível até mesmo uma ponderação entre os direitos individuais, reconhecidamente não absolutos com estes de caráter coletivo.

A linha de raciocínio que se busca é a verificação de que os anseios sociais de paz social e de segurança coletiva levam o magistrado a preocupação pela resposta processual mais justa não mais apenas para o acusado, mas também para a sociedade.

Não se distancia porém do brocardo “todos são inocentes até que se prove o contrário”. O intuito é aproximar esse pensamento da premissa de que o inocente condenado seria tão prejudicial quanto o culpado sem sanção.

A máxima de que o acusado será tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença, permanece, e nem poderia desaparecer, uma vez que insculpido no art. 5º, LVII da CF, mas a produção da prova de forma insuficiente e inadequada aos olhos do juiz, o final destinatário da carga probatória produzida no processo impedirá que a decisão justa ao caso seja proferida.

Não se pretende dar ao juiz amplos poderes instrutórios de forma que se confundam os papéis de acusador e julgador, pretende-se apenas que, excepcionalmente, o juiz tenha o

poder de terminar a produção de determinada prova, cujo resultado o fará, à sua íntima convicção, tomar a decisão justa ao caso concreto.

Em última análise, em caso de dúvida ou incerteza do magistrado haverá a absolvição do réu, mas, muitas vezes, a dúvida poderia ser resolvida com a produção de alguma prova por ele determinada, levando a absolvição ou a condenação do acusado, e trazendo efetividade aos direitos metaindividuais como a paz e a segurança, na certeza de que, ou foi devolvido à sociedade pessoa apta ao convívio, ou pessoa que necessita de recolhimento ao cárcere ou de restrição em seus direitos, como forma a cumprir o papel pedagógico e retributivo.

1. PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Deixando-se de lado toda a digressão histórica sobre os sistemas processuais ao longo da evolução das civilizações, dada a brevidade do trabalho que se objetiva apresentar, cita-se como principais sistemas processuais o acusatório e o inquisitório.

Cumprido salientar que nenhum sistema processual é puro¹, sendo essa distinção apenas ideal, vendo-se na prática a predominância de um sobre o outro.

O sistema inquisitório, cuja exemplificação remonta aos tribunais da inquisição instaurados pela Igreja Católica durante a Idade Média, são amplamente caracterizados por se verificar na mesma pessoa as funções de acusar, defender e de julgar não havendo qualquer distinção entre as instituições. Da mesma forma, a iniciativa probatória partia do juiz, centro de todo o poder no processo, que buscava sempre a verdade real sobre o fato julgado, o que na quase totalidade dos casos justificou a tortura e formas cruéis para obtenção de confissões.

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101.

Os procedimentos poderiam ser iniciados *ex officio* inclusive baseados em denúncias anônimas. Todo o processo corria em segredo, e o acusado era tido como objeto da investigação, objeto do processo. E não sendo parte, não há que se falar em direitos subjetivos, deveres ou ônus.

Vê-se assim, que “o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto melhor acertada, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador.”²

Demonstra-se claro que o sistema inquisitório é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Partindo da concepção histórica do acusado como objeto da investigação, dá-se um giro ao avesso para encontrar um acusado como sujeito de direitos, faculdades e ônus. Ao acusado são resguardos em primeiro lugar a sua dignidade e a vedação de tortura ou aplicação de expedientes cruéis para qualquer fim.

Mais adequado aos direitos e garantias assegurados na Carta Constitucional de 1988 está o sistema acusatório, que tem como ponto nodal a distinção das três funções cruciais para o andamento da marcha processual, quais sejam, o acusador, o defensor e o julgador. Sem a separação das supracitadas funções não há sequer como se considerar a formação de uma relação processual.

Intimamente ligada à separação das três funções está o direito inviolável do acusado à plenitude de defesa. É impensável o transcorrer de um processo penal sem a presença do defensor e a conservação da garantia do contraditório, no qual não apenas é possibilitado ao réu o acesso a todo o material probatório constante do processo como também oportunizado momento para que contradiga ou apresente a versão dos fatos que pretender apresentar.

² BADARÓ, op. cit. p. 105.

Além disso, todo o rito segue um cronograma previamente estabelecido pelas leis processuais vigentes, não havendo qualquer surpresa para o acusado sobre a sequência de atos que serão realizados até o provimento judicial final.

Outra característica significativa diz respeito à condição do acusado perante a corte julgadora, com a instituição do princípio da presunção de inocência.

Nenhum acusado será considerado culpado antes de uma sentença penal transitada em julgado. Em não havendo prova cabal da autoria e da existência do crime pelo qual o acusado responde, este deve ser absolvido, não podendo ser considerado culpado.

A prova substancial é necessária, sendo certo que na dúvida o juiz deve optar pela absolvição.

Verifica-se que o sistema acusatório nada mais é do que o agrupamento e positivação na Carta Constitucional de uma série de direitos e garantias em ação, conferidas ao acusado no processo penal. Todas as características aqui elencadas são resultado de uma evolução histórica proveniente de reivindicações pacíficas ou revolucionárias, advindas de diversos contextos e que foram sendo conquistadas no decorrer dos tempos.

Diversas foram as revoluções que buscaram o respeito aos direitos individuais, civis, sociais e posteriormente coletivos, de forma que os direitos que foram positivados em Declarações e posteriormente em cartas constitucionais são fruto de longa jornada evolutiva.

2. O SISTEMA BRASILEIRO

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a distinção apresentada foi disposta de forma ideal para que se estabelecesse a dicotomia necessária para a visualização das principais distinções entre os sistemas. Porém o certo é que, frise-se, não existe sistema

inquisitório ou acusatório puro, conforme já explanado. “A análise de diversos ordenamentos jurídicos demonstra a possibilidade de várias combinações de características dos sistemas acusatório ou inquisitório”³.

O sistema processual penal brasileiro conta de duas fases: uma preliminar, administrativa, que corre em segredo, e onde não será oportunizado o contraditório, chamada de inquérito policial. Cuida-se de uma fase investigatória, na qual se colhe o lastro probatório mínimo para eventual propositura de ação penal, iniciada pela denúncia do Ministério Público, fase em que todos elementos conformadores da justa causa serão submetidos ao contraditório, quando então terá o réu a sua plenitude de defesa asseguradas e todas as outras garantias e direitos individuais comentados acima.

Por ser precedida de uma fase que foge aos conceitos do sistema acusatório, o sistema brasileiro é considerado por alguns como um sistema misto, e a fase policial é tida por esta doutrina como a fase inquisitória do processo penal.

Veja-se a passagem extraída da obra do Desembargador do Tribunal carioca, que ilustra exatamente a controvérsia:

Encontrar a melhor qualificação do sistema processual, cuja estrutura decorre das normas editadas no atual Código de Processo Penal, repita-se não é tarefa fácil. Para tanto, basta considerarmos as opiniões antagônicas dos mestres Frederico Marques, Hélio Tornaghi e Rogério Lauria Tucci. O primeiro, em obra lapidar, recentemente republicada, assinala a existência de uma estrutura acusatória de nosso processo penal, salientando que o chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis de processo, enquanto Tornaghi sublinha que o Direito brasileiro segue o sistema que, com maior razão, se poderia denominar de misto, isto porque apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial), enquanto o processo judiciário é acusatório, em suas linhas gerais. Tucci também espousa a tese do sistema misto, fundado na inquisitorialidade peculiar dos atos preliminares de apuração das infrações penais.⁴

A referida discussão não está contida no tema delimitado para este trabalho, de forma que o aprofundamento da discussão fugiria da proposta inicial. Porém, a título de crítica,

³ BADARÓ, op. cit., p. 102.

⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 194.

como já foi visto, que os sistemas inquisitório e acusatório enfeixam um conjunto de características arraigadas principalmente em razão do contexto histórico vivido pelo grupo social a que está submetido.

A principal e gritante característica que marca o sistema inquisitório é o fato de concentrar nas mãos de apenas uma pessoa o poder de acusador, julgador e para ser politicamente correto o de defensor (papel inexistente).

Entende-se, pois, que a fase preliminar e meramente investigatória, processada de forma secreta e sem oportunidade de contraditório não caracteriza um resquício do sistema inquisitório no modelo acusatório contemplado pela nossa Constituição, uma vez que garantiu a dignidade da pessoa humana a qualquer pessoa, o contraditório, a ampla defesa, além de positivar o princípio da presunção da inocência. A fase de investigação é secreta para garantir que se apure alguma coisa, pois quem, sabendo que está sendo investigado, dará elementos para a construção de uma justa causa a seu desfavor?

Ademais, e por fim, mesmo que se considere que o procedimento secreto é um elemento do sistema inquisitório, não se verifica nele a confusão entre julgador, acusador e defensor. Não são praticados atos a denegrir a dignidade do acusado, e muito menos atos que desvirtuem o devido processo legal, também um direito fundamental. Além disso o investigado não assume posição de culpado, nem sequer acusado ele é, não havendo qualquer desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Como se vê, a existência de uma ou outra característica que se verificam em um sistema não é suficiente para enquadrá-lo nele. A análise de um sistema deve ser feita pelo conjunto de seus elementos e aplicações e não por características isoladas.

Conclui-se, portanto, nesse passo, que o sistema brasileiro é predominantemente acusatório.

A despeito de ter o Código de Processo Penal sido promulgado em 1941, época na qual vigorava a conjuntura política ditatorial de Vargas no governo Estado Novo, incontáveis alterações legislativas buscaram adequar a norma processual no decorrer do tempo. Com a Constituição Cidadã de 1988, toda e qualquer norma contraveniente aos direitos e garantias elencados pelo Constituinte não foram recepcionados pelo novel fundamento de validade.

Desta forma, a análise de todas as normas existentes no Código de Processo Penal e que foram recepcionadas pela Constituição de 1988 deve ser interpretada conforme a Constituição para que estejam adequadas ao sistema constitucional vigente.

Assim, entende-se que a norma vigente deve ser vista sob o prisma constitucional, novo paradigma socio-político-cultural, e não o contrário.

2.1. A PRODUÇÃO E O ÔNUS DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE

Aliando os tópicos já estudados, constrói-se o raciocínio de que o sistema processual acusatório está em prumo com a moderna onda constitucionalista vivida principalmente pelos países ocidentais, na defesa dos direitos do homem, positivados em cartas constitucionais como direitos fundamentais e prevendo os meios de suas garantias. Constrói-se assim, fruto da evolução histórica, social e cultural do mundo moderno o Estado Democrático de Direito, no qual apenas se adequa um sistema processual penal em modelo acusatório, com respeito e observância aos direitos e garantias supracitada.

Partindo-se dessa premissa da clara distinção entre acusador, julgador e defensor no processo penal, investiga-se agora a quem implica a função de produzir as provas que ensejarão a condenação ou a absolvição do acusado. Quem deve provar o alegado?

A primeira análise é sobre o conceito de prova. Diversos são os conceitos de prova formulados pela doutrina pátria. O mestre Gustavo Badaró analisa o conceito de prova partindo de seu sentido etimológico:

O vocábulo prova vem do latim – *probatio* –, que significa prova, ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*). Vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é, portanto, aquilo que é bom, é concreto.⁵

A prova é doutrinariamente reconhecida como direito fundamental, consectário lógico dos direitos constitucionais ao contraditório e ao acesso à justiça⁶. Didier em sua obra assevera que:

Por um lado, a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental a prova, emanado, mais especificamente, ‘como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório’. Por outro lado, podemos ainda identificá-lo como um direito processual implícito, mas externo à constituição.⁷

A prova produzida no processo tem o fulcro de dirigir o julgamento para um resultado. Obviamente é um instrumento de convencimento, e fará com o que o julgador, que analisa o caso concreto, verifique, de acordo com os fatos apresentados e robustecidos pelos elementos de prova ali constantes a tomada da decisão mais acertada, mais justa.

A justeza da decisão a ser tomada pelo julgador está diretamente ligada ao lastro probatório na qual sua decisão fora baseada. Assim, em uma análise superficial se encontra que a função primordial da prova é a persuasão que esta causa no julgado para que ele se convença de forma íntima e segura da decisão que está a tomar.

Não há dúvidas que uma sentença dada em desfavor de alguém sem que tenha se desenrolado um pleito probatório minimamente suficiente para tal, causa em uma visão mais abrangente uma sensação de insegurança jurídica na sociedade,

⁵ BADARÓ, op. cit., p. 156.

⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 2º Vol. 4. ed. Bahia: JusPodim, 2009. p. 18

⁷ DIDIER Jr., op.cit., p. 19.

Assim, o lastro probatório processual visa ao convencimento do juiz de que a decisão a ser tomada é justa e a fundamentação da decisão baseada em provas existentes e produzidas no processo, gera a segurança jurídica necessária para harmonizar a convivência social.

Sobre o assunto, Antonio Scarance Fernandes assevera:

[...] fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.⁸

Não há dúvidas sobre a necessidade da existência da prova no processo para possibilitar a decisão justa. Agora, deve-se investigar quem tem o ônus dessa produção. A quem compete a produção da prova? Para responder a essa questão há que se fazer algumas considerações.

Primeiramente cabe definir ônus. Para tal elucidativo é o trecho extraído da obra de Gustavo Badaró:

O ônus envolve uma noção de poder e liberdade. Justamente por isto aproxima-se das faculdades. Há ônus quando o exercício de uma faculdade é condição para se obter uma determinada situação de vantagem ou para impedir uma situação desvantajosa. O ônus, portanto, é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse.⁹

Assim, o ônus é o agir em interesse próprio, para benefício próprio, tendo-se a idéia de que o não agir causará um prejuízo para o próprio agente.

O ônus da prova é doutrinariamente dividido em duas facetas, a subjetiva e a objetiva. Em seu aspecto objetivo, o ônus da prova se apresenta como uma regra para o julgamento utilizado nos casos de incerteza. É a parte do *onus probandi* que toca ao juiz. Assim, quando o processo chegar ao momento de sentenciar e se constatar que as provas

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

⁹ BADARÓ, op. cit., p. 171

produzidas são insuficientes, “impõe a regra de julgamento desfavorável àquele que tinha o encargo de produzi provas, mas dele não se desincumbiu.”¹⁰

O aspecto subjetivo, e o de maior relevância para esta pesquisa, diz respeito ao direcionamento da atividade probatória. É voltado às partes do processo e configura a resposta à pergunta quem deve provar.

No processo penal, há divergência sobre o ônus probatório.

O Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública, e a grosso modo cabe a ele a produção da prova em juízo sobre os fatos alegados na denúncia. A acusação pressupõe o ônus de provar as acusações imputadas ao réu.

Ao réu está garantido o direito ao silêncio, sendo-lhe permitido ficar inerte durante todo o julgamento sob a premissa de que é defeso ao réu a produção de provas contra si mesmo.

Sendo assim, é possível que todo o julgamento transcorra com as provas produzidas unilateralmente pelo Ministério Público, que, uma vez ingressas nos autos passam a pertencer ao processo, e não a qualquer das partes isoladamente. Assim se explica a possibilidade da absolvição do réu fundamentada em uma prova produzida pelo agente acusador.

Entende-se que a imposição de ônus de provar para o acusado afrontaria o Estado Democrático de Direito, pois violaria o princípio do *in dubio pro reo*, que determina que, em havendo qualquer dúvida sobre a condenação do acusado, o julgador deve optar sempre pela absolvição.

Neste ponto, verifica-se o primordial trabalho probatório do órgão acusador, pois adentrando-se na zona de incerteza o juiz se utilizará do ônus objetivo da produção da prova, e entendendo que a acusação não se desvinculou do seu dever de provar de forma satisfatória, não poderá proceder à condenação requerida.

¹⁰ DIDIER Jr., op.cit., p. 31

O antecedente lógico de todo o desenrolar processual e principalmente da parte instrutória ora analisada é a acusação realizada pelo Ministério Público nas ações penais públicas. Para esta instituição vigora o princípio da obrigatoriedade, sendo-lhe dever institucional a instauração do processo penal diante de lastro probatório mínimo da ocorrência de um crime onde é possível de forma mínima se apontar a autoria. O Ministério Público tem o dever funcional de oferecer denúncia, não se tratando portanto de ato discricionário.

Assim, discute-se se o Ministério Público teria o ônus da produção da prova, tendo em vista que ônus é o exercício da faculdade.

Sendo o Ministério Público o denunciante compete a ele produzir as provas no intuito de recriar minimamente o fato pretérito, para, diante da verdade jurídica encontrada, ser determinada a condenação ou absolvição do acusado.

Com relação ao acusado, deve-se ter em mente o seu estado de presunção de inocência até a construção da prova no processo que leve a sua condeação. Não lhe é imputado o dever de se defender e nem mesmo esse ônus, tendo em vista que a Constituição lhe garante a presunção a seu favor. A desconstrução dessa presunção será realizada dentro do processo, com as provas produzidas. Nada impede, porém que o acusado, no exercício de sua autodefesa produza provas que tornem evidente o seu estado de inocente.

A imposição ao réu do ônus de produzir a prova de sua inocência contraria o princípio do *in dubio pro reo*, tendo em vista que em não havendo prova cabal de sua atuação no ato criminoso a ele não poderá ser imputada uma pena.

Diante desse raciocínio, tem-se que a presunção de inocência nada mais é do que uma regra de julgamento, de forma a configurar a faceta objetiva do ônus da prova. À acusação cabe o papel de evidenciar a existência do crime e de que foi praticado com dolo ou culpa por quem se acusa. Não tendo sido evidenciado de forma indubitável de que o acusado é mesmo o autor do crime, em respeito a este princípio a condenação é impossível.

Em que pese o entendimento de que ônus da prova é do Ministério Público, órgão acusador, nada impede que o acusado produza a prova que entender necessária para coadunar a sua tese defensiva ou para demonstrar a sua inocência. A despeito de o réu não ser obrigado a esta produção, ele poderá fazê-lo se lhe interessar.

Assim, deve-se verificar que a prova é produzida para o processo, a prova não é de quem a produziu. Uma vez posta no processo, é bilateral. Quando se requer a produção de determinada prova, o intuito é esclarecer o fato ocorrido de forma a montar a cadeia de acontecimentos, reproduzindo assim uma verdade jurídica no processo. Ao juiz cabe a análise de todas as provas produzidas, para, diante de seu íntimo convencimento analisar a culpa ou não do acusado.

Sobre o tema Gustavo Badaró:

Concebido o Ministério Público como uma parte interessada na persecução penal, desejando ver provada a tese acusatória, é perfeitamente possível afirmar que ao Ministério Público incumbe o ônus a prova dos fatos necessários para a condenação. (...) Já com relação ao acusado, que também possui interesse individualizável na persecução penal, seria possível admitir, se ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo. Estaria aí configurado o ônus subjetivo do acusado. Contudo, diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção da inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade, ao acusador. [...]¹¹

1.2. A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA PELO MAGISTRADO E A APARENTE COLISÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Visto que as provas são produzidas para o processo, não pertencendo a nenhuma das partes, cabe-nos mais uma reflexão: qual o papel do juiz na instrução probatória? E ainda: é possível a produção de prova pelo magistrado?

¹¹ BADARÓ, op. cit., p. 240.

A questão é bastante controversa na doutrina, mas o fato é que o art. 156, II do Código de Processo Penal, dá ao juiz o poder de determinar a realização de diligências que possam diminuir dúvidas sobre pontos relevantes.

Tem-se, no juízo cível, uma certa imobilidade do julgador, no sentido de que a este está vedada a produção das provas, aplicando-se assim a faceta objetiva do ônus probatório, e até mesmo reputando verdadeiros os fatos que não foram contestados especificamente.

No processo penal, está, no entanto, sob júdice um dos direitos fundamentais mais caros aos seres humanos, e por isso se discute se essa postura dos juizes cíveis deve ser repetida no juízo criminal.

Há quem diga que não. Um doutrinador fiel defensor da postura inerte do juiz é o mestre Geraldo Prado. Para ele, fere o sistema acusatório implementado pela constituição de 1988, a produção da prova por iniciativa do juiz, por comprometer perigosamente a imparcialidade do juiz, pois assim estaria se substituindo ao órgão da acusação.¹²

Também Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, entende pela impossibilidade por ser função tipicamente inquisitorial a produção da prova pelo julgador, desconfigurando, portanto, o sistema acusatório vigente.¹³

Entretanto, com esta argumentação não há que se concordar, *data maxima venia*. Em primeiro lugar porque não há como se considerar que haveria comprometimento da imparcialidade o fato do juiz ter determinado a produção de uma prova para sanar a incerteza que pairava sobre o seu julgamento do caso concreto.

A prova é produzida para o processo, e antes de produzi-la não é possível advinhar qual seria o resultado dela, ou o que ela demonstraria. A prova produzida de ofício pelo juiz poderia vir a configurar com veemência a inocência do réu.

¹² PRADO, op. cit., p. 158

¹³ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 168 apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, *Crítica à Teoria do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar.

A despeito do que possa se argumentar sobre o fato de sobre o réu pairar o princípio da presunção da inocência, e que por conta disso não seria necessária a produção da prova em favor do réu, a produção da prova pelo juiz não tem o intuito de condenar ou absolver o acusado de forma pragmática.

O juiz exerce a produção de qualquer prova no intuito de dirimir a incerteza sobre questões com o intuito de proferir o julgamento justo e fundamentado de forma consistente em provas produzidas no processo, não apenas para as partes envolvidas, mas para toda a sociedade.

É certo que a produção da prova pelo magistrado deve ser vista com parcimônia e aplicada apenas em casos excepcionais, tendo em vista que a esta é papel atribuído as partes, e devem ser resguardadas todas as garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, assegurando sempre à parte a participação na produção da prova e a manifestação sobre a prova produzida.¹⁴

A determinação da produção de uma produção de prova pelo juiz não é igual a conceder-lhe poderes de investigação. Este poder cabe ao órgão próprio, com atribuição elencada na carta constitucional. A possibilidade da produção da prova do juiz se extrai do raciocínio de que é o juiz quem avalia as provas constantes nos autos, é a partir delas que proferirá uma sentença.

O juiz julgará de acordo com o seu livre convencimento, e motivará a sua decisão de forma a fundamentar para as partes e para toda a sociedade a razão de ter decidido por esse ou aquele caminho. Sendo assim, às partes cumpre a produção das provas que entendem consubstanciar a sua versão, ou que lhe interessem na busca da persuasão do magistrado.

¹⁴ BADARÓ, op. cit., p. 85.

Porém, não é impossível que ao juízo do magistrado ainda tenha ficado uma pergunta sem resposta. E se este decide sem que determine a produção da prova, aí sim, correrá o risco de ser parcial.¹⁵

Sobre a argumentação de que esta prática se aproximaria do sistema inquisitivo, também este deve ser rechaçada, tendo em vista que o sistema inquisitivo e o sistema acusatório, como já estudamos, contêm uma série de características, não se resumindo cada um dos sistemas à uma única.

Ademais, como também foi visto, a principal característica do sistema acusatório que veio a se sobrepor ao sistema inquisitivo de forma a diferenciá-lo sem possibilidade de aproximação guarda pertinência com a condução do processo.

Assim, o sistema acusatório inovou quando dispôs nas mãos de diferentes pessoas os poderes inerentes ao desenrolar processual, qual seja o de julgar, de acusar e de defender. Como se verifica, a produção da prova de forma eventual não retira do sistema acusatório este principal característica que veio insculpida na Constituição Federal sob a égide de vários princípios como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo penal.

Nas palavras de Grandinetti, explicando a lição de Ada Pellegrini Grinover: “O sistema acusatório e o sistema inquisitivo não se caracterizam pela gestão da prova, mas pela repartição das funções dos sujeitos processuais. Portanto, a adoção do modelo acusatório não inibiriam os poderes instrutórios do juiz.”¹⁶

Em crítica a essa doutrina a mestre Denise Geraci assevera:

Essa linha de pensamento, nitidamente influenciada pelos apologistas do sistema processual anglo-saxão, dito adversarial, pode conduzir a exageros, havendo até mesmo quem sustente que, no plano ideal, o julgador (ou julgadores), só poderia(m) entrar em contato com a demanda na data do julgamento, ignorando assim tudo o que dela conste, inclusive do nome do acusado, pois somente assim se poderiam evitar a influência dos preconceitos e demais fatores, inclusive inconscientes, que poderiam contaminar o juiz.¹⁷

¹⁵ BADARÓ, op. cit., p. 83.

¹⁶ CARVALHO, op.cit., p. 169.

¹⁷ GERACI, Denise de Mattos Martinez, TOVIL, Joel. Poderes Instrutórios do Juiz. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, nº 26, 2004.

Grandinetti tem outra visão sobre a questão dos poderes instrutórios do juiz. Afirma este autor que a flexibilidade do juiz com relação as provas deve ser no limite das provas trazidas aos autos pelas parte. Assim, “O poder instrutório do juiz é ilimitado na extensão dos meios de prova requeridos, mas ilimitado na profundidade, no que toca aos meios de prova requeridos, exaurindo-os.”¹⁸

Para o autor, o juiz não poderia inovar na produção da prova que produziria, mas poderia dentro do que já foi perquerido pelas partes, aprofundar de modo a extrair o maior conteúdo.

Adotando uma posição intermediária sobre o assunto, o autor arremata seu pensamento com a seguinte argumentação:

Um sistema que permita ao juiz ilimidados poderes instrutórios ou um sistema que os vede absolutamente não pode ser reconhecido como um bom sistema, porque obviamente não terá soluções adequadas para os casos complexos . Um sistema só é um bom sistema quando ele dá conta de resolver as perplexidades que possasm ocorrer. Negar ou admitir poderes instrutórios, peremptoriamente, transformaria o sistema probatório ainda mais inflexível e ainda mais incapaz de resolver todos os problemas que possam surgir.¹⁹

Há que se estudar também a posição de Eugênio Pacelli Oliveira, que em seu Curso de Processo Penal, critica imensamente a letra do art. 156, I CPP.²⁰

Em sua exposição o doutrinador expressa a sua indignação com a rente redação do artigo, introduzida pela lei 11.690/08, rotulando-a de “retrocesso, quase inacreditável, e também inaceitável.”²¹ Em seu entendimento o juiz não tutela a investigação, é sim garantidor das liberdades públicas nos limites do devido processo penal.²²

Um argumento usado pelo professor Pacelli para a impossibilidade da produção de provas de ofício pelo juiz seria a possibilidade de o juiz com essa atitude desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípio constitucionais do

¹⁸CARVALHO, op. cit., p. 171.

¹⁹ Ibid.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 325

²¹ Ibid.

²² Ibid.

contraditório e ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.²³

Não obstante este raciocínio desenvolvido em sua obra, conclui admitido a determinação da produção de provas de ofício pelo magistrado na possibilidade desta não ter sido requerida pela defesa, e vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu.²⁴

Do entedimento esposado, *data venia*, surgem as críticas, algumas já bem trabalhadas no decorrer deste trabalho. O principal ponto é ressaltar que o art. 156 do Código de Processo penal teve a sua redação introduzida no texto legal em 2008, não se tratando portanto de um resquício do Código Varguista, influenciado pela onda nazi-facista experimentada no contexto histórico de outrora.

O art. 156 do CPP teve a nova redação elaborada pelo Poder Constituinte Derivado implementado há décadas da democratização de uma país onde o Estado Democrático de Direito já se encontra arraigado em todas as instituições e poderes.

Além disso, o dispositivo supra, bem como a abertura da possibilidade da produção probatoria do magistrado não fere nenhum princípio constitucional. A ampla defesa sempre será garantida, assim como o contraditório, na possibilidade de manifestação da defesa sobre as determinação da produção da prova, e ainda sobre o seu resultado incrustado nos autos do processo.

O devido processo legal, desde que todo o procedimento tenha sido respeitado conforme preceitua a Constituição e as normas infraconstituicionais, não terá sido violado. E a garantia de manifestação da defesa também garante a preservação do devido processo legal substantativo em que a defesa tenha efetivo papel na formação do convencimento do magistrado.

²³ Ibid. p. 326.

²⁴ Ibid.

O que se torna mais imperativo destacar é que esta possibilidade não abrir a porta para que seja tratada como regra, na qual em qualquer caso o juiz poderá se imiscuir na função processual exercida pelo Ministério Público a fim de complementar uma possível lacuna do exercício da instituição naquele processo.

A idéia de que a possibilidade da existência de poderes instrutório do magistrado também apenas seja possível no caso de requerimento de provas que beneficiem a defesa, *data venia*, não faz o menor sentido.

Isso porque a produção da prova nada mais é do que retirar a cobertura da questão que esconde a resposta para algumas indagações e dúvidas até então não respondidas. Entretanto, tais respostas não são conhecidas por quem determinou a sua produção. Ou seja, não é possível saber qual o resultado trará a produção de cada prova. Se assim o fosse perderia o sentido qualquer investigação e qualquer processo penal, pois teríamos subentendido que cada um descobrirá o que quiser descobrir.

Não havendo possibilidade de descobrir o resultado da prova, não há como concordar com a assertiva de que o juiz poderá determinar a produção da prova que beneficie o réu. A prova não se presta a beneficiar ninguém, e sim a trazer para a atualidade os acontecimentos irrepetíveis.

Dessa forma, não há que se falar em quebra da imparcialidade do juiz, tendo em vista ser impossível, como asseverado, saber o resultado da prova antes que esta seja produzida. A parcialidade apenas poderia ser verificada se o juiz tomasse partido de um ou de outro, e a mera determinação da produção da prova para o esclarecimento de um fato não implica essa consequência, tendo em vista o desconhecimento completo do resultado.

Nesse contexto merece a transcrição da lição do grande Mestre Barbosa Moreira:

Se tivermos que tachar de imparcial o Juiz que ordena a realização de uma prova somente porque seu resultado seja capaz de beneficiar um dos litigantes, logicamente sua eventual abstenção mereceria a mesma crítica, já que a falta da prova causaria benefício para o outro

litigante. Dilema insolúvel para o pobre juiz, preso à desconfortável alternativa de ser, em qualquer hipótese, parcial a favor de um ou parcial a favor de outro.²⁵

CONCLUSÃO

Diante de todo o conhecimento esposado chegam-se a algumas conclusões. Em primeiro lugar a Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório para o processo penal, de forma a respeitar os direitos fundamentais do acusado e fixar de forma evidente a polaridade entre as instituições responsáveis por acusar, defender e julgar.

No sistema implantado com a divisão de funções, vimos que há para o Ministério Público o ônus de produzir a prova que fundamente a peça acusatória, sob pena não ser possível a condenação, devendo ser o acusado absolvido com lastro no princípio constitucional da presunção de inocência.

O ônus da prova tem duas facetas, o subjetivo referente a quem tem tal incumbência, e o objetivo, que funciona como uma regra de julgamento. Com relação a este último que se insere o princípio da presunção da inocência, tendo em vista que, se o Ministério Público não se desincumbir da função de provar não há possibilidade de condenação.

O fato é que toda a prova produzida no processo tem a mesma função: a busca pelo convencimento do juiz uma vez que é impossível voltar no tempo para a reprodução do imputado. Com isso a função da prova além de buscar a maior proximidade com o fato que se acusa é convencer o juiz sobre a tese a ser esposada por cada parte.

Ao juiz é direcionada toda a prova produzida, e, pelo livre convencimento motivado irá ele buscar a solução mais justa e acertada para o caso concreto. A função do juiz na

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Alguns Aspectos do processo (civil e penal) nos países Anglo-Saxônicos, in *revista Forense*, vl. 344 apud GERACI, Denise de Mattos Martinez, TOVIL, Joel. Poderes Instrutórios do Juiz. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, nº 26, 2004.

aplicação dos princípios e das normas legais é sempre balizada pela equidade, proporcionalidade e razoabilidade, e qualquer solução discrepante com as provas constantes dos autos causará repúdio social.

Dessa forma a prova mostra as duas facetas fundamentais para o processo e para a sociedade: de um lado só poderá o juiz julgar de acordo com as evidências e com as provas que estão presentes no processo, e de outro não poderá se distanciar do sentimento social de justiça, tendo em vista que a razão de ser do direito é regulamentar as relações na busca da possibilidade do desenvolvimento de uma sociedade harmônica.

Tendo em vista este segundo aspecto é que se introduz a questão trazida pela presente pesquisa, qual seja, a possibilidade da produção de prova por iniciativa do juiz do processo. Várias foram as opiniões de diversos doutrinadores de excelência.

Como apertada síntese, tem-se que parte da doutrina nega a possibilidade, seja pelo entendimento de que fere o sistema acusatório, tendo em vista que desrespeita a distribuição dos papéis no sistema processual – acusar, defender e julgar –, seja pelo entendimento de que essa a concessão de poderes instrutórios aos juiz feriria o direito fundamental da presunção de inocência do acusado.

A outra vertente da discussão a qual esta pesquisa se preocupou em defender e demonstrar, é o posicionamento de que o juiz pode e deve, em casos extremamente excepcionais, ter sim o poder da produção da prova.

Em primeiro lugar por não esbarrar no sistema acusatório adotado pela nova constituição e sistema balizar do Estado Democrático de Direito. Isso porque a eventual e excepcional produção da prova pelo magistrado não faz confundir as funções processuais de acusador, defensor e julgador.

Como amplamente demonstrado, a possibilidade de poderes instrutórios pelo magistrado é suficiente para remontar o sistema processual brasileiro ao arcaico sistema

inquisitorial de outrora. Este é composto por diversas características e ausência completa de garantias, o que não ocorria com a simples possibilidade da prova de ofício, que, pise-se, é excepcional.

Ademais, como visto, a prova tem o objetivo de convencer o juiz que, em exercício de seu livre convencimento motivado decidirá da maneira mais justa e de forma a promover a paz social, expediente de suma importância para a vida em sociedade, atividade última da jurisdição.

Considerando essas premissas a pesquisa se inclinou no entendimento de que o sistema processual penal acusatório estão resguardados sempre todos os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição de 1988, essenciais à existência Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma não fere o princípio da presunção de inocência pois quando se busca a produção de uma prova não se sabe que resultado será obtido. É real a possibilidade de que a prova venha a esclarecer e sanar todas as dúvidas ainda existentes sobre a inocência do acusado. E em nenhum momento até o trânsito em julgado do processo o acusado será tratado como culpado, independente de quem tenha trazido a prova ao processo.

Por fim, a produção da prova pelo juiz é constitucional, e não fere o sistema acusatório tendo em vista a dupla face do ônus da prova, em que o subjetivo se dirige à parte processual que deve trazer a prova ao processo, e o objetivo em tem o *ônus probandi* como regra de julgamento e por isso direcionado ao julgador.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 2º Vol. 4. ed. Bahia: JusPodim, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GERACI, Denise de Mattos Martinez, TOVIL, Joel. Poderes Instrutórios do Juiz. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, nº 26, 2004.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.