



## **A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **THE PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDING**

*Caio Henrique de Melo Balduino<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A presente pesquisa, realizada através de doutrinas e jurisprudência dos Tribunais Superiores, abordará a análise dos sistemas processuais penais, inclusive acerca do sistema processual adotado em nosso ordenamento jurídico, bem como a extensão do princípio da busca da verdade no processo penal e da sua limitação pelo princípio da imparcialidade do juiz. Examinará a distribuição do ônus probatório atribuído às partes, além do sistema do livre convencimento motivado do juiz. Para então, ao final, diante de todo este contexto, verificar a possibilidade do julgador, em substituição às partes, determinar a produção de provas oficiosamente.

**Palavras-Chave:** Iniciativa probatória; Sistema acusatório; Imparcialidade.

**ABSTRACT:** The present research, carried out through doctrines and jurisprudence of the Superior Courts, will deal with the analysis of criminal procedural systems, including the procedural system adopted in our legal system, as well as the extension of the criminal process and its limitation by the principle of impartiality of the court. It will examine the distribution of the evidentiary burden attributed to the parties, in addition to the free convincing system of the judge. For that reason, in the end, in the face of this whole context, verify the possibility of the judge, in substitution of the parties, to determine the production of evidence ex officio.

**Keywords:** Proactive initiative; Accusative system; Impartiality.

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito do Unitoledo - Araçatuba/SP

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, institui-se no ordenamento jurídico brasileiro o sistema processual penal acusatório, dividindo as funções de acusar, defender e julgar, a órgãos distintos.

Diante desse novo cenário, muitos dispositivos se mostraram contrários ao novo sistema processual adotado, máxime em razão da maioria terem sido criados durante regimes ditatoriais, onde se utilizava o sistema processual inquisitivo, como é o caso do Código de Processo Penal.

Em razão disso, trava-se um debate no campo doutrinário acerca da possibilidade do Juiz, de ofício, tomar a iniciativa probatória em substituição às partes, conforme disposto no art. 156 do CPP.

Para verificar a aplicação do mencionado artigo, preliminarmente, necessário a análise acerca das características dos sistemas processuais, principalmente em relação ao sistema processual adotado pelo direito pátrio.

No entanto, esta mera análise não é suficiente para entender o embate doutrinário, razão pela qual deve ser verificado ainda, o alcance do princípio da busca da verdade – uma das diretrizes do julgador no processo penal – e seus limites, confrontando-o com o princípio da imparcialidade.

De mesma importância, a análise acerca do ônus probatório no processo penal e do sistema de livre convencimento motivado do Juiz, para então, adentrar ao assunto e verificar a possibilidade ou não, do julgador, de ofício, ordenar a produção de provas.

### 1. SISTEMAS PROCESSUAIS

O principal papel da estrutura processual, como bem leciona Geraldo Prado (2006, p. 55):

É a de garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de sorte que o sistema processual penal estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é espécie do sistema constitucional, que deriva do sistema político.

Sendo assim, o que vai demonstrar o sistema processual penal adotado, seja ele acusatório, inquisitivo ou misto, é a ordem jurídica vigente e os princípios que a norteiam.

### **1.1 Sistema Acusatório**

Tipicamente adotado por regimes democráticos, consiste na atribuição das funções de acusar, defender e julgar, a pessoas distintas.

Pontual os ensinamentos de Renato Brasileiro (2017, p. 529) ao mencionar que “esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso”.

Como desdobramento, prima-se pela observância de vários princípios garantistas, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia processual.

Nas palavras de Norberto Avena (2013, p. 09) “chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma *acusação*, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias”.

Logo, desta nítida preocupação em se levar a juízo apenas aquele acusado formalmente e de se garantir um processo pautado na estrita observância das leis e princípios, decorre ainda a ideia da manutenção da liberdade do acusado durante o curso do processo penal, em respeito ao princípio da presunção de inocência, excepcionado apenas em situações que o encarceramento cautelar do acusado se mostre necessário.

Durante o processo, cabe às partes a incumbência de produzir provas.

Neste ponto, parte da doutrina acaba dividindo o sistema acusatório em duas categorias, o *puro*, onde o Juiz ocupa uma posição estática, sem jamais poder substituir as partes na iniciativa probatória, e o *não puro*, onde o Juiz, excepcionalmente, poderia substituir as partes na produção de provas.

### **1.2 – Sistema Inquisitivo**

Muito utilizado em sistema ditatoriais, possui características radicalmente distintas às do sistema acusatório, onde o acusado constitui um papel sem qualquer importância na relação

processual, sendo-lhe vedado qualquer garantia, podendo inclusive ser remetido ao cárcere sem qualquer formalidade prévia.

Atribui-se neste sistema, à mesma pessoa, as funções de acusar, defender e julgar, surgindo assim, a figura do “Juiz Inquisidor”.

Logo, possibilita-se ao magistrado, discricionariamente, o desencadeamento de um processo penal em desfavor de alguém, podendo ainda produzir as provas que julgar necessárias e, ao final, decidir.

O acusado, portanto, a todo momento, fica “refém” de excessos processuais.

Nas brilhantes palavras de Aury Lopes Jr. (2007, p. 68) “esse sistema foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

### **1.3 – Sistema Misto**

Neste sistema, opera-se uma conjugação entre as características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo.

Em determinados momentos observa-se as garantias constitucionais, típicas do sistema acusatório, porém, em outros momentos, nota-se resquícios do sistema inquisitivo.

Em apertada síntese, este sistema realiza, como bem apontado por Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 70), a “divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”.

### **1.4 – Sistema Processual Penal Adotado Pelo Brasil**

Em relação ao sistema processual penal adotado pelo Brasil, embora ligeira maioria aponte a escolha da Magna Carta pelo sistema acusatório, parte da doutrina diverge, defendendo a opção pelo sistema misto.

A posição minoritária, defendida por processualistas como Nucci e Denílson Feitosa, argumenta a vigência do sistema processual misto em virtude dos mais variados dispositivos

previstos em legislações infraconstitucionais, indicados como resquícios do sistema inquisitivo, embora presente características do sistema acusatório na CF/88.

Exemplo de algumas dessas disposições encontra-se no art. 5º, II, do CPP, onde possibilita ao Juiz a requisição de instauração de inquérito policial, no art. 156 do mesmo diploma, que faculta ao magistrado a iniciativa probatória, além de diversos outros dispositivos.

Mesmo diante das inúmeras reformas legislativas sofridas pelo CPP com o escopo de diminuir sua carga inquisitória, ainda remanescem dispositivos característicos do sistema inquisitivo.

Por outro lado, de forma acertada, a corrente majoritária, que coleciona adeptos como Avena, Pacelli e Renato Brasileiro, argumenta que o sistema processual penal brasileiro é o sistema acusatório.

Embora não esteja explicitamente disposto na CF/88 a escolha pelo sistema acusatório, é o entendimento que se infere ao analisar diversos artigos da Carta Maior, como a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), as garantias de igualdade processual (art. 5º, I), o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a atribuição ao Ministério Público de titular da ação penal pública (art. 129, I).

Esta corrente ainda esclarece que os resquícios do sistema inquisitivo presentes em vários dispositivos de legislações infraconstitucionais se devem ao fato de terem sido inseridos no ordenamento jurídico antes do advento da Constituição Cidadã e muitas das vezes, criados por regimes ditatoriais, como é o caso do CPP, criado em 1942, em plena Era Vargas.

Diante deste conflito entre dispositivos infraconstitucionais com alta carga inquisitiva e o sistema penal instituído pela ordem constitucional vigente – leia-se sistema acusatório – a corrente majoritária, propõe as seguintes alternativas, como bem leciona Norberto Avena (2013, p. 14):

Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação ao sistema acusatório, os dispositivos que consagram procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou, então, busca-se conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal.

Os Tribunais Superiores trilham no mesmo sentido, qual seja o reconhecimento do sistema acusatório, conforme se depreende da análise de recente julgado da 5ª Turma do STJ<sup>2</sup> que anulou a decisão em que o magistrado, após recusa dos recorrentes ao benefício de transação penal, determinou o retorno dos autos à Delegacia de Polícia para que a Autoridade Policial indiciasse os recorrentes, afrontando diretamente o sistema acusatório.

## **2. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE E A IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

Ao contrário do que ocorre na seara cível, o julgador, ao analisar o caso concreto com o escopo de formar seu convencimento e posteriormente prolatar sua decisão, não pode se contentar apenas com aquilo que foi produzido pelas partes, devendo buscar, dentro do possível, ante a dificuldade do alcance da verdade absoluta, aquela que mais se aproxima da verdade plena.

Só assim poderá o julgador, a contento, formar sua opinião acerca da autoria delitiva e aplicar, com efetividade, a punição legalmente prevista.

Não poderia ser outra a busca do juiz penal, pois aqui, o que se está em jogo é um dos direitos mais importantes do indivíduo, a liberdade, diferentemente do processo cível, onde na maioria das vezes a questão debatida tem cunho apenas patrimonial, podendo o julgador se amparar em meras presunções ou ficções (verdade formal).

No entanto, há limitações à essa busca da verdade real, como ocorre com as pessoas proibidas de depor (art. 207, CPP), a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, CF), a vedação às provas ilícitas e derivadas desta (art. 5º, LVI, CF), entre outras limitações.

A respeito, válido os ensinamentos de Norberto Avena (2013, p. 19):

Não obstante, é necessário ter em vista que a procura da verdade real não pode implicar violação de direitos e garantias estabelecidos na legislação. Trata-se, enfim, de uma busca sujeita a limites, mesmo porque não seria razoável que o Estado, para alcançar a Justiça, pudesse sobrepor-se à Constituição e às leis.

---

<sup>2</sup> STJ – RHC: 47984/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, 01.08.11.

Ou seja, embora a busca da verdade real seja um dos objetivos precípuos do juiz penal, esta deve ser exercida dentro da legalidade, sem abusos ou arbitrariedades.

Por outro lado, cabe ao julgador ainda, dentro deste contexto, ocupar uma posição de neutralidade, sem colocar em risco sua imparcialidade, essencial à efetividade da justiça.

Está exigência se extrai não somente da Carta Magna (art. 5º, LIII, CF), quando institui o princípio do juiz natural, mas também do Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, item 1, ao garantir que:

Toda pessoa tem o direito de 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.

Mas para que se assegure esta imparcialidade, necessário a previsão de garantias ao julgador, como de fato ocorre na CF/88, ao prever a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade salarial.

Ademais, necessário ainda, que o julgador possua legitimidade não só objetiva (relacionada à competência para julgar o caso), mas também subjetiva (relacionada à pessoa do julgador).

Tamanha a importância deste princípio, que o CPP ainda prevê situações em que a parcialidade do magistrado é presumida (art. 252, 253 e 254), razão pela qual deve o julgador se declarar suspeito ou impedido de julgar a matéria e, caso não adote essa postura, poderá as partes demonstrar o eventual motivo de suspeição ou impedimento que possa colocar em risco a imparcialidade do magistrado.

Em suma, destes princípios colacionados até aqui, se extrai o entendimento de que o julgador penal, legitimado objetivamente e subjetivamente, na busca da verdade, deve tentar atingir a realidade mais próxima da verdade absoluta, dentro da legalidade, sem comprometer sua imparcialidade, para que se possa efetivar a prestação jurisdicional em sua plenitude.

### **3. ÔNUS DA PROVA E O SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Por este “ônus”, entende-se que cabe às partes provar aquilo que alega (art. 156, CPP), oportunidade em que, caso faça com propriedade, poderá ostentar uma posição mais favorável na busca pelo seu intento, seja o de condenação ou de absolvição.

Como bem leciona Norberto Avena (2013, p. 450):

Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Em processo penal, o ônus da prova cabe à acusação, não se podendo atribuir ao acusado a incumbência de demonstrar sua capacidade financeira para fins de fixação do valor do dia-multa" (REsp 1059132/AC, 6ªT., rel. Sebastião Reis Júnior, j. 02.10.2012, v.u).

Deve se ressaltar ainda, que enquanto não provada a materialidade delitiva e a autoria, prevalecerá a presunção de inocência do acusado, podendo este se valer também do benefício da dúvida.

Produzidas as provas, conforme se extrai da análise do art. 155 do CPP, o julgador formará sua convicção livremente, não estando vinculado à observação obrigatória de uma prova específica em detrimento de outra.

A única exigência e, de fato essencial, é a fundamentação da decisão (art. 93, IX, CF), dispensada quando se tratar de decisão dos jurados no Tribunal do Júri.

Há julgados do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido: "O legislador brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado, cabendo ao juiz extrair sua convicção das provas produzidas legalmente no processo em decisão devidamente fundamentada" (AgRg no REsp 1.168.353, 5ªT., rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.09.2012, v.u).

Por óbvio, embora o magistrado exerça sua convicção livremente, deverá pautar-se apenas no conteúdo probatório contido nos autos, mais precisamente às provas produzidas sob o crivo do contraditório, afinal, antes disso, tais provas constituem apenas elementos de informação, incapazes de, exclusivamente, embasar uma condenação, salvo aquelas consideradas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, que acabam constituindo valor de prova, ante a impossibilidade de serem produzidas novamente.



#### **4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ**

Assentadas as premissas iniciais, cabe a análise acerca da possibilidade do Juiz, de ofício, tomar a iniciativa na produção de provas.

A discussão a respeito do tema ganhou grandes proporções com o advento da Constituição Federal de 1988, onde, incontestavelmente, foi adotado o sistema processual acusatório, o que acabou gerando a incompatibilidade de legislações infraconstitucionais com os pilares estabelecidos pela nova ordem jurídica.

Muitas dessas incompatibilidades são encontradas em artigos do próprio CPP, tendo como maior exemplo o art. 156, que faculta ao Juiz, de ofício, ordenar a produção de provas e determinar diligências.

Com a reforma instituída no CPP pela Lei 11.690/08, abrangeu-se ainda mais essa faculdade do Juiz, possibilitando as referidas medidas inclusive antes de iniciada a ação penal, o que tornou a discussão acerca do tema ainda maior.

Em linhas gerais, surgiram três posicionamentos: aqueles que entendem pela aplicabilidade integral do art. 156; aqueles que entendem pela inconstitucionalidade parcial do art. 156; e aqueles que entendem pela inconstitucionalidade integral do art. 156.

O primeiro posicionamento, argumenta ser possível o Juiz, de ofício, determinar a produção de provas, constituindo o disposto no art. 156 mero desdobramento do princípio da busca da verdade, o que justifica a faculdade do magistrado ordenar a produção das provas que julgar pertinentes para elucidação do fato criminoso, ainda que beneficie alguma das partes.

Já os adeptos do segundo entendimento, apregoam a possibilidade do julgador, de ofício, determinar medidas para sanar eventuais dúvidas a respeito de provas já produzidas, mas de forma supletiva, sem substituir às partes, como medida excepcional, e desde que durante a instrução processual, jamais antes de iniciada a ação penal, sob pena de avocar as competências da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

Ademais, o último posicionamento argumenta a impossibilidade do magistrado de ordenar a produção de provas oficiosamente, seja antes ou durante a ação penal, caso contrário, estaria o julgador ferindo o sistema acusatório, tomando para si atribuições que não são de sua competência, e colocando em risco ainda, conseqüentemente, sua imparcialidade.

## CONCLUSÃO

O tema abrange diversos posicionamentos doutrinários, como visto no tópico anterior. No entanto, mais prudente o entendimento que veda ao Juiz, de ofício, ordenar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal, mas com a possibilidade de, durante a instrução processual, de forma supletiva e em caráter excepcional, determinar a realização de diligências com o escopo de sanar eventuais dúvidas acerca das provas já produzidas.

Isto porque, agindo durante a investigação criminal, o Juiz, inevitavelmente, colocaria em risco não só sua imparcialidade, mas também todo o conjunto de regras do sistema acusatório.

Esta atuação inquisitorial se mostra tão temerária, que poderia ocasionar hipóteses em que o Juiz ordenasse a produção de provas, as provas fossem produzidas, e o Ministério Público (titular da ação penal pública), ao analisar o conjunto probatório, diante da sua autonomia funcional, decidisse pelo arquivamento do procedimento, frustrando toda a atuação do magistrado naquele primeiro momento.

E ainda que o magistrado invocasse o disposto no art. 28 do CPP<sup>3</sup>, poderia o Procurador Geral insistir no pedido de arquivamento, obrigando o Juiz a acatá-lo.

Não se está aqui dizendo que o Juiz não deva atuar durante a fase investigativa, pelo contrário, sua atuação é essencial, mas apenas como garantidor das regras do jogo, evitando qualquer abuso ou arbitrariedades dos órgãos investigativos, como por exemplo ao apreciar um pedido de busca e apreensão, ao relaxar uma prisão ilegal, ou ainda quando previamente provocado pelas partes.

O que não se mostra razoável é a antecipação do julgador em relação às partes no que se diz respeito à produção de provas, visto que, na hipótese de eventual dúvida durante a instrução processual, em relação a alguma prova, possibilitaria ao magistrado requisitar diligências à Polícia Judiciária.

---

<sup>3</sup> Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou se quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferece-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Esta atuação deve ser vista com bons olhos, afinal, tratando-se o Juiz daquele incumbido de dar uma solução ao caso concreto, estando em dúvida a respeito de alguma prova já produzida nos autos, nada mais prudente que facultá-lo a possibilidade de ordenar diligências, desde que devidamente motivadas, com o fim de esclarecer tal dúvida, formar seu convencimento e com isso, efetivar a busca da verdade.

E mesmo diante desse cenário, a medida deverá, ainda, ser necessária, adequada e proporcional.

Em suma, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 156, I, porém, em relação ao seu inciso II, deve este ser aplicado com sensatez, em consonância com o sistema acusatório.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal: Esquematizado*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013. 1322 p.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06.10.2017.

Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 06.10.2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1936 p.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 730 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1038 p.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 270.