
A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: A ATIVIDADE SUBSIDIÁRIA DO JUIZ

THE MANAGEMENT OF PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE: THE SUBSIDIARY ACTIVITY OF THE JUDGE

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Doutor em Direito Penal pela UFPE. Mestre em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Coursou a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Bacharel em Direito pela UFPE. Coordenador científico e Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, da Faculdade Damas da Instrução Cristã e da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz de Direito.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1301-8624>
E-mail: teodomiro80@hotmail.com

RESUMO: Este artigo tem o escopo de analisar a gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal, a presença do Ministério Público em audiência, e a atividade subsidiária do juiz em face do princípio da iniciativa da prova pela parte na visão dialética do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão da prova. Atividade subsidiária do juiz. Reforma do processo penal.

ABSTRACT: This article has the scope to analyze the management of proof on the reform of the Code of Criminal Procedure, the presence of the public prosecutor in the hearing, and the judge's subsidiary activity in the face of the principle of proof by the initiative of the dialectical view of due process.

KEYWORDS: Management of proof. The subsidiary activity of the Judge. Reform of criminal procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O devido processo legal na dialética do processo penal. 3 O dogma da verdade real. 4 O princípio da liberdade das provas pelo juiz. 5 A gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal. 6 Conclusões.

1 Introdução

O presente ensaio busca, dialeticamente, compreender a gestão da prova no processo penal, fruto da reforma de 2008 em que o legislador reformista, privilegiando o princípio do contraditório, trouxe para o rito do processo penal a atividade subsidiária do juiz, como corolário de sua imparcialidade, como gestor e não mais como presidente da instrução da prova, mantendo-se ele equidistante do debate travado pelas partes. Não só isso. O presente opúsculo também trata da interpretação do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal; e analisa a possibilidade de o juiz conduzir a audiência sem a presença do órgão do Ministério Público, como fiscal do ordenamento jurídico, a partir da atividade sanatória do juiz, para garantia do devido processo legal: defesa ampla, contraditório e prova lícita.

2 O devido processo legal na dialética do processo penal

O legislador constituinte, ao estabelecer o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República), deslocou para a acusação toda a carga probatória no escopo da imputação

de um fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, essa afirmação não isenta a parte de provar as alegações que fizer: *onus probandi incumbit ei qui asserit*.¹

A distribuição do ônus probatório, a partir de uma visão dialética do processo, deve privilegiar a paridade de armas em homenagem ao princípio constitucional do contraditório (par *conditio*). Sob a égide da atual sistemática do processo penal, pelo método teleológico, transfere-se todo o ônus da prova para a acusação, a quem cabe provar a existência do crime e a respectiva autoria.² Na afirmação de Manzini, seria um “*absurdo lógico*” e uma *manifesta iniquidade* fazer-se prova negativa visando à demonstração da inculpabilidade.³

Com efeito, a acusação deve ser restrita, para possibilitar a ampla defesa que, por ser tão importante, alberga no seu bojo a autodefesa: direito de audiência e direito de presença. O primeiro, é o de produzir prova em audiência pelo próprio acusado, por ocasião do seu interrogatório (autodefesa e meio de prova). O segundo, corresponde ao direito de comparecer a juízo, a partir da conveniência e oportunidade, porquanto o acusado pode invocar o direito constitucional ao silêncio ainda que compareça a juízo, já que ele não está obrigado a produzir prova contra si próprio: *nemo tenetur se detegere*.

Sem embargo, o direito à defesa técnica, de natureza indisponível e irrenunciável, é aquele exercido por um profissional habilitado, em face da garantia constitucional do devido processo legal: ampla defesa e contraditório, não apenas formal, de modo que o advogado deve estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e também ser intimado para todos os atos do processo.

No que tange ao interrogatório, a partir da vigência da Lei 10.792/2003, o acusado e seu advogado devem ser intimados, inclusive da data do interrogatório de outro coacusado, porquanto, se assim não for, os elementos de prova colhidos não poderão embasar uma condenação, haja vista a violação ao princípio do devido processo legal.

3 O dogma da verdade real

Na sua gênese, a prova judiciária tem por objetivo a reconstrução dos fatos trazidos ao debate entre as partes no processo, como metodologia utilizada na busca da verdade material. Enfatize-se que o dogma da verdade real não é e nunca foi compatível com a natureza do processo. Hodiernamente, grandes estudiosos do pensamento filosófico não adotam mais a existência de uma verdade de outrora como correspondência à realidade. O pragmatismo, orientação filosófica dos Estados Unidos da América, defende a construção de uma filosofia sem essência, procedimentalista, sem preocupação da verdade como correspondência e ou coerentismo. *A fortiori*, para o pragmatismo, a verdade deve brotar de argumentos racionais.

Richard Rorty afirma que para os procedimentos serem justificados, racionalmente têm de conduzir à verdade, à *correspondência com a realidade, à natureza intrínseca das coisas*.⁴

Ensina Malatesta que a noção de certeza consiste em um estado da alma e só com isso determina-se o sujeito. Se a certeza tem uma natureza subjetiva, o sujeito natural não é e não pode ser senão a alma

¹ Pela redação do art. 156 do Código de Processo Penal o ônus da prova é bilateral e, portanto, cabe a quem alega.

² OLIVEIRA, 2008, p. 287.

³ 3 MANZINI, 1952, p. 200.

do julgador. “Em virtude de uma simples dedução, poder-se-á obter sem necessidade de qualquer outra indagação, sob o ponto de vista da racionalidade”.^{4a}

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino⁵ buscavam compreender a verdade como correspondência da coisa com a ideia que o objeto representava; todavia, a ideia da coisa está no intelecto e a verdade não está nas coisas, senão na correspondência: coisa-intelecto. A distinção que a filosofia clássica faz entre verdade e verdadeiro tem sempre um sentido objetivo: *o verdadeiro é o que é – o falso é o que não é*. “Assim, há uma identidade do verdadeiro com o ser (*sein*), enquanto que a verdade não é uma coisa (*sache*), mas consiste em pensar a essência das coisas como de fato elas são”.⁶

A certeza da existência de fatos investigados brota da coincidência das circunstâncias que se sucedem na realidade, porquanto, para Mittermaier,⁷ a verdade decorre da concordância entre um fato da realidade e a ideia do aludido fato, plasmada na nossa consciência, em uma relação sujeito-objeto da filosofia essencialista.

A prova judiciária tem por objetivo definido trazer ao processo a reconstrução dos fatos, buscando-se a maior coincidência possível com a reprodução da realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos na relação espaço-tempo. Essa tarefa é certamente das mais difíceis no processo penal.⁸

Para julgar o litígio, o juiz deve conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide, que, segundo Carnelluti,⁹ é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Por isso, às partes incumbe, com a produção da prova, convencer o juiz de que os fatos realmente existiram, ou não; é o juiz quem vai dizer (*iuris dictio*) se o acusado é culpado ou inocente.

O dogma da verdade real, que até bem pouco tempo tinha a incumbência de legitimar excessos e desvios de autoridades públicas, além de macular o processo penal e a própria verdade processual, atendia muito mais a um sistema inquisitivo do que acusatório, em que o princípio da igualdade, como corolário da dignidade humana, sob o manto da legalidade, passou a permitir a existência do devido processo legal como corolário da amplitude de defesa, do contraditório e da licitude da prova.

4 O princípio da liberdade das provas pelo juiz

O art. 155 do Código de Processo Penal, pela lente do legislador reformista, dispõe, *verbis*:

Art. 155. O juiz formará 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.

⁴ 4 RORTY, 1997, p. 39.

^{4a} MALATESTA, 1996, p. 43.

⁵ 5 CARDOZO, 2005, p. 567-582.

⁶ 6 ALVES, 2003, pp. 325-327.

⁷ 7 MITTERMEIER, 2004, p.79.

⁸ 8 OLIVEIRA, 2008, p. 281.

⁹ 9 CARNELUTTI, 1999, p. 78.

Com efeito, no âmbito do processo, máxime penal, vige o princípio da liberdade das provas pelo julgador, como corolário do princípio da livre convicção ou persuasão racional da prova, que obriga o juiz a examinar todos os pontos relevantes.¹⁰¹⁰

Mutatis mutandis, a reforma do processo penal, relativa à prova – Lei 11.690/2008, estabelece que o acusado não pode ser condenado exclusivamente com base na prova indiciária produzida na fase extrajudicial, sem o crivo do contraditório, que só ocorre em juízo. Não obstante, pode haver absolvição sumária com base unicamente na prova indiciária.

En passant, no sistema legal de produção de prova, vigora o princípio da relativização ou não hierarquização, sendo que o valor e a credibilidade dos elementos de prova serão sopesados pelo juiz em uma mesma escala valorativa, não ficando a depender, segundo o magistério de Frederico Marques, de critérios legais *a priori* discriminados.¹¹¹¹

Deduz-se, então, que o princípio do convencimento livre decorre do princípio da reserva da função jurisdicional afeta ao juiz, como resultado da garantia da liberdade de avaliação da prova (mitigada), fundada a convicção sobre a qualificação jurídica da infração penal e arbitramento motivado da correspondente sanção penal.¹²¹²

Malgrado os pontos da reforma, contudo, o juiz continua a ser o destinatário da prova e a finalidade não é outra senão a de produzir a convicção ou persuasão do juiz.¹³¹³

A exegese do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite ao juiz, na fase pré-processual, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observado o princípio da proporcionalidade; e o inciso II prevê a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação do inciso I, com interpretação restritiva, outorga ao julgador antecipar, cautelarmente *ad perpetuam rei memoria* prova considerada urgente e relevante.

A ressalva ao inciso II, feita pelo legislador reformista, radica que o juiz somente em casos excepcionais deve deliberar a produção da prova de ofício. Assim, o campo de atuação do juiz, na área da pesquisa probatória, deve ser por ele próprio delimitado, no escopo de resguardar a sua imparcialidade.¹⁴¹⁴

Nesse diapasão, requer-se uma atuação sensível do juiz para evitar a quebra da imparcialidade, como adverte Tourinho Filho,¹⁵¹⁵ *verbis*:

Ademais, o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e “no se comporta funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional”.

¹⁰ 10 MITTERMAIER, 2004, p. 61.

¹¹ 11 MARQUES, 2000, p. 358.

¹² 12 PRADO, 2001, p. 156-157.

¹³ 13 MELENDO, 1978, p. 39.

¹⁴ 14 TOURINHO FILHO, 2009, p. 248.

¹⁵ 15 *Ibidem*.

5 A gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal

Na novel sistemática da gestão da prova, de iniciativa das partes, a teor do art. 212 do referido Diploma Processual Penal, que trouxe para o âmbito do processo penal o *cross examination* do sistema *common law*, a função do magistrado passa a ser subsidiária e somente sobre os pontos não esclarecidos pelas partes é que o juiz está autorizado a complementar a prova, como estabelece o parágrafo único, do aludido art. 212.

No exercício da função subsidiária da prova, o julgador está jungido à delimitação dos fatos que as partes pretendem provar. Assim, a ele cabe somente realizar diligências para dissipar dúvida se esta já estiver delimitada pelo debate travado pelas partes, devendo o juiz ser parcimonioso para esperar o requerimento das partes. Se porventura a dúvida não for objeto da controvérsia, quer-me parecer que ao juiz, na sua atividade probatória complementar, não cabe buscar uma prova nova fora dos autos.

Nesse sentido, bastante elucidativa é a opinião de Melendo,¹⁶ *ipsis litteris*:

[...] a função do juiz não é averiguar; essa função é das partes, porém não ao julgador; ao juiz pode ser necessário aclarar, clarificar algum aspecto do que já está discutido, porém nunca ir à busca dessa verdade que devem as partes procurar trazê-la.

A fortiori ratione, a atividade probatória complementar do juiz não significa dizer que o princípio do livre convencimento foi derogado, simplesmente pela iniciativa probatória das partes. Se essa assertiva fosse verdadeira, estar-se-ia diante de um paroxismo, de consequências danosas para a administração da justiça, posto que haveria dificuldade para o exercício da atividade probatória (complementar) do juiz, porquanto ele não pode ser considerado um “*convidado de pedra*” ou mero espectador da luta das partes.

Reafirma-se que o art. 212, parágrafo único, do CPP não dá margem à dúvida de que a gestão da prova, outrora centrada na pessoa do juiz, em decorrência do sistema presidencialista, transferiu a iniciativa probatória para o campo de atividade das partes, mantendo o juiz equidistante da primazia da prova.

Não se discute, apesar disso, que a prova colhida nos autos pelas partes destina-se ao juiz para formação do livre convencimento. Todavia, o juiz não pode substituir as partes; se pudesse, ele seria parte, não juiz. Assim, a gestão da prova, de iniciativa das partes, não nega vigência ao comando normativo insculpido no art. 156 do CPP.

No *adversary system*, ou sistema de partes, modelo típico do *common law*, a atividade do juiz é restrita à verificação da legalidade da produção, introdução e valoração da prova. Nos Estados Unidos da América, há dois modelos distintos de jurisdição: um de competência dos jurados e outro de competência do juiz singular. No primeiro sistema, a atividade do juiz circunscreve-se ao controle da legalidade da prova; no segundo, a solução da causa cabe unicamente ao juiz; e a este cumpre a determinação de esclarecer pontos controvertidos.¹⁷

¹⁶ MELENDO, 1978, p.11.

¹⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 380. Para Magalhães. “O modelo ‘*adversary*’, inicialmente desenvolvido na Inglaterra e depois recepcionado pelas colônias americanas, defere a iniciativa da prova às partes litigantes, a quem incumbe a obter, selecionar e apresentar a prova ao júri, para convencer os jurados sobre a existência dos fatos que fundamentam as

Máxime, o intuito do legislador da reforma processual de 2008 ao importar o *adversary system* para o âmbito do processo penal brasileiro foi o de tornar eficiente a colheita da prova oral. No sistema presidencialista anterior, o magistrado, ao refazer uma pergunta a uma testemunha, poderia alterá-la até mesmo involuntariamente e, com isso, causar prejuízo às partes.¹⁸

Não obstante, no Excelso Pretório, é pacífica a jurisprudência que só admite nulidade pela inversão da ordem fixada no art. 212 do CPP, para formulação de perguntas, quando demonstrado prejuízo pela parte:

Ementa: Habeas Corpus. Processual Pena. Audiência de Instrução. Inversão da Ordem de Inquirição das Testemunhas. Artigo 212 do Código de Processo Penal. Arguição de Nulidade. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Ordem Denegada. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida no art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.689/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pás de nullitè sans grief* compreende absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada”. (HC 117102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Last but not least, em acórdão por arguição semelhante, a Min. Carmen Lúcia, do STF, deixou assentado que “[...] O princípio do *pás de nullitè sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício” (HC 103525/PE).

Pacelli afirma que o legislador reformista adotou o modelo acusatório do processo penal, no qual o juiz deve assumir uma posição de neutralidade na produção da prova, evitando o risco de o magistrado substituir o órgão da acusação. Dessa maneira, as partes começam a inquirição de testemunhas e o juiz, se necessário, a complementa.¹⁹

6 Conclusões

Em síntese conclusa: (i) o dogma da verdade real não é compatível com o processo penal; (ii) o juiz não pode substituir as partes na produção de prova; (iii) o juiz não pode realizar audiência sem a presença do representante do Ministério Público – fiscal da ordem jurídica –, a quem incumbe provar a acusação, assegurados ao acusado a ampla defesa, o contraditório e prova lícita e (iv) de acordo com metodologia da gestão da prova, novidade da reforma de 2008, as testemunhas devem ser inquiridas na forma preconizada pelo art. 212, parágrafo único, do CPP, em face do princípio acusatório.

pretensões deduzidas em juízo. Aqui o juiz desempenha a função de moderador e, raramente, convoca testemunhas para serem interrogadas”. GOMES FILHO, 1997, p.59.

¹⁸ MENDONÇA, 2008, p. 196.

¹⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 287.

7 Referências

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica, pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 325-327.
- CARDOZO, Teodomiro Noronha. Verdade e pragmatismo: o conceito de verdade de Richard Rorty. *Revista da Esmape*. v.10, n. 21, p. 567-582, janeiro a junho 2005. ISSN1415-112X,.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas, São Paulo: Brokseller, 1996.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho processual penal*. Tradución de Santiago Sanctis Melendo y Mariano Ayerra Redín. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2000.
- MELENDO, S. Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978. p. 39. Tradução livre de Teodomiro Noronha Cardozo.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MITTERMEIER, C.JA. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução da 3. ed. 1848: Herbert Wüntzel Heinrich. 4. ed. Campinas: Brookseller, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed., atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- RORTY, Richard. *Objetividade, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. III. 31. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

