

Opinião: Em busca de limites ao artigo 209 do CPP

Em tempos de acentuado ativismo judicial, surgiu a oportunidade, atuando em determinado caso acompanhado pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas (HC nº 198.450-AL, relator ministro Roberto Barroso), de analisar interessante questão jurídica acerca dos limites da iniciativa probatória do artigo 209 do Código de Processo Penal.



No caso concreto, o Ministério Público, na fase do artigo 422

do Código de Processo Penal, requereu, após o fim do prazo legal de cinco dias, a inquirição de testemunhas na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. O magistrado, então, sanando a falta ministerial, determinou de ofício a intimação de todas as testemunhas arroladas pelo *Parquet* como testemunhas do juízo. Indaga-se: seria lícita essa atuação judicial?

É interessante, antes de responder a essa questão, avaliar como a matéria é disciplinada no direito comparado.

Na Alemanha, a iniciativa probatória judicial está disciplinada expressamente no §214, (4), e no §244, (2), do Código de Processo Penal Alemão [\[1\]](#).

Com relação à Itália, há previsão explícita da atuação probatória *ex officio* do juiz nos artigos 190, 2, e 507, todos da Lei Adjetiva Penal Italiana, embora tenha caráter excepcional, já que as citadas normas estabelecem, como regra, a iniciativa das partes [\[2\]](#).

Em Portugal, a possibilidade de produção de prova de ofício pelo juiz está fixada no artigo 340 do respectivo Código de Processo Penal [\[3\]](#).

Na Espanha, por sua vez, a iniciativa probatória judicial na fase de julgamento está prevista nos artigos 728 e 729 da citada lei [\[4\]](#).

Destaque-se que, nesses países, a doutrina não considera inválida a iniciativa probatória *ex officio* do juiz, seja em face do sistema acusatório, seja em face da garantia da imparcialidade [\[5\]](#).

Voltando ao Direito interno, sabe-se que o nosso artigo 209 do Código de Processo Penal prevê que o juiz, "*quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes*".

Vê-se, então, que é autorizado ao magistrado, em obediência ao sistema acusatório, *complementar* a instrução ouvindo outras testemunhas além das indicadas pelas partes. Não pode, porém, *substituir* integralmente a atividade probatória do acusador, por expressa vedação contida no novel artigo 3º-A do Código de Processo Penal: "*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*" (grifo do autor).

Fixadas as balizas legais do tema, é interessante verificar como a doutrina aprecia a questão.

Como se sabe, a iniciativa probatória do juiz — salvo em benefício do réu — não é avalizada por parte (minoritária) da doutrina, que entende haver violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade do julgador. Em linhas gerais, esse é o magistério de Geraldo Prado [6], Rômulo de Andrade Moreira [7], Denise Neves Abade [8], Aury Lopes Jr. [9], Natalie Ribeiro Pletsch [10] e Antonio Milton de Barros [11], entre outros.

Tal não é, contudo, a posição majoritária da doutrina.

Vicente Greco Filho, por exemplo, defende a validade da iniciativa instrutória do juiz desde que este tenha uma atuação supletiva àquela das partes, evitando-se o abuso dos poderes probatórios [12]. Na mesma linha, Tourinho Filho ressalva que a atividade judicial nesse campo deve ser *excepcional e supletiva* à atuação das partes, sob pena de quebra da imparcialidade [13]; no mesmo sentido, Fernando Capez [14].

Esse é também o magistério de Badaró [15], para quem a atuação judicial deve ser *limitada e supletiva* à atividade das partes, além de respeitar os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, para que não haja ofensa ao sistema acusatório.

Nucci, por sua vez, compreende que, *desde que não haja excesso*, a iniciativa probatória judicial é válida [16].

Danielle Silva, em monografia dedicada ao tema, igualmente aceita a iniciativa judicial durante o curso da instrução processual, *desde que tenha em mira eliminar dúvidas sobre o material probatório que já foi levado aos autos pelas partes*, sob pena de comprometer a imparcialidade [17].

Portanto, a legislação brasileira e a doutrina nacional (majoritária) parecem alinhar-se aos modelos do Direito Comparado, isto é, aceita-se a iniciativa probatória judicial, desde que seja *limitada, excepcional e supletiva* em relação à atividade das partes, não podendo, jamais, importar em substituição da atividade probatória da parte acusadora.

Voltando ao caso concreto, nota-se que *a atuação do magistrado não foi meramente supletiva e complementar à atuação do Ministério Público; ao contrário, ele substituiu inteiramente o Parquet*, sanando a falta deste no arrolamento tempestivo das testemunhas a serem ouvidas em plenário. Nesse sentido, *determinou a oitiva de todas as testemunhas arroladas intempestivamente pelo órgão acusador, caracterizando inequívoca substituição da atuação ministerial*.

No caso, além de substituir a atividade ministerial, ocorreu a preclusão temporal do direito de arrolar as testemunhas do Ministério Público, consoante, inclusive, a jurisprudência dos tribunais superiores [18].

Por fim, não se pode olvidar que a inobservância dos prazos concedidos à acusação e defesa gera nulidade, nos exatos termos do já citado artigo 563, III, "e", do Código de Processo Penal.

Logo, *o caso concreto não trata da hipótese prevista no artigo 209 do citado diploma legal*, pois não se discute a possibilidade de o magistrado *complementar, de forma excepcional e limitada*, a instrução, ouvindo outras além daquelas indicadas pelas partes. No caso, o Ministério Público perdeu o prazo para arrolar as suas testemunhas e teve a falta sanada integralmente pelo juiz, que determinou a oitiva de todas como testemunhas do juízo. O magistrado, então, extrapolou os limites desse dispositivo legal e, assim agindo, incorreu na proibição estipulada no artigo 3º-A do Código de Processo Penal.

Conclui-se, pois, que não existem limites objetivos precisos acerca da iniciativa probatória judicial baseada no artigo 209 do Código de Processo Penal, mas essa atividade há de ser pautada pela sobriedade e comedimento, limitação, excepcionalidade e complementaridade, não podendo, jamais, caracterizar substituição da atuação probatória do órgão acusador, algo que apenas o exame de cada caso concreto pode revelar.

Referências bibliográficas

ABADE, Denise Neves. Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 154-156.

ALEMANHA. Código procesal penal alemánº Código penal alemán (StGB), código procesal penal alemán (StPO). Traducción Juan Ortiz de Noriega *et al.* Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 308, 317.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT, 2003, p. 112-125.

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório do novo código de processo penal italiano. Tradução de Ana Cristina Bonchristiano. Revista de processo, São Paulo, RT, ano 15, nº 59, p. 145-153, jul./set.1990.

BARROS, Antonio Milton de. Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: LED, 2002, p. 122-123; 135-136; 146; 177.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 456962 PE 2018/0160916-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 20/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 315249 AgR, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 26-04-2002 PP-00087 EMENT VOL-02066-06 PP-01147.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 87563, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 13-04-2007 PP-00118 EMENT VOL-02271-02 PP-00.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 39; 248.

ESPAÑA. Ley de enjuiciamiento criminal. Edición preparada por Victor Moreno Catena. 14. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 251.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O princípio da investigação ou da verdade material. In: _____. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 2004, v. 1, p. 187-198.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73-74, 217.

LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. Revista síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, ano V, nº 27, p. 18-19, ago./set.2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Teoria geral da prova. In: _____. Provas no processo penal. São Paulo: RT, 2009, p. 25-27.

PISANI, Mario. Il codice di procedura penale nella giurisprudenza della corte costituzionale. Con la collaborazione di Roberto Peroni Ranchet e Giorgio Piziali. Bologna: Monduzzi, 1995, p. 185, 513.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: Ibccrim, 2007, p. 67-69.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. Organização de Maria João Antunes. 14. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 151.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

ROXIN, Claus. Los principios probatorios: principios de investigación, intermediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*. In: _____. Derecho procesal penal. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 99-100.

SCHLÜCHTER, Ellenº Los principios procesales. In: _____. Derecho procesal penal. Revisión de la traducción: Inñaki Esparza Leibar, Andrea Planchadell Gargallo. 2. ed. Valencia: Tiran Lo Blanch Libros, 1999, introducción, III, p. 9-15.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 126-127.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 248-249.

[1] ALEMANHA. Código procesal penal alemán. Código penal alemán (StGB), código procesal penal alemán (StPO). Traducción Juan Ortiz de Noriega *et al.* Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 308, 317.

[2] PISANI, Mario. Il codice di procedura penale nella giurisprudenza della corte costituzionale. Con la collaborazione di Roberto Peroni Ranchet e Giorgio Piziali. Bologna: Monduzzi, 1995, p. 185, 513.

[3] PORTUGAL. Código de Processo Penal. Organização de Maria João Antunes. 14. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 151.

[4] ESPAÑA. Ley de enjuiciamiento criminal. Edición preparada por Victor Moreno Catena. 14. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 251.

[5] Na Alemanha, por exemplo, cf. ROXIN, Claus. Los principios probatorios: principios de investigación, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*. In: _____. Derecho procesal penal. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 99-100; SCHLÜCHTER, Ellen. Los principios procesales. In: _____. Derecho procesal penal. Revisión de la traducción: Inãki Esparza Leibar, Andrea Planchadell Gargallo. 2. ed. Valencia: Tiran Lo Blanch Libros, 1999, introducción, III, p. 9-15. Em Portugal, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O princípio da investigação ou da verdade material. In: _____. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 2004, v. 1, p. 187-198. Na Itália, cf. PISANI, Mario. Il codice di procedura penale nella giurisprudenza della corte costituzionale. Con la collaborazione di Roberto Peroni Ranchet e Giorgio Piziali. Bologna: Monduzzi, 1995, p. 185, 513); AMODIO, Ennio. O modelo acusatório do novo código de processo penal italiano. Tradução de Ana Cristina Bonchristiano. Revista de processo, São Paulo, RT, ano 15, n. 59, p. 145-153, jul./set.1990.

[6] Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

[7] O processo penal como instrumento de democracia. Revista síntese de direito penal e processual

penal, Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 18-19, ago./set.2004.

[8] Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 154-156.

[9] Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

[10] Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: Ibccrim, 2007, p. 67-69.

[11] Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: LED, 2002, p. 122-123; 135-136; 146; 177.

[12] GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73-74, 217.

[13] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 248-249.

[14] Curso de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 39; 248.

[15] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT, 2003, p. 112-125.

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. Teoria geral da prova. In: _____. Provas no processo penal. São Paulo: RT, 2009, p. 25-27.

[17] SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 126-127.

[18] STJ – HC: 456962 PE 2018/0160916-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 20/08/2018; RE 315249 AgR, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 26-04-2002 PP-00087 EMENT VOL-02066-06 PP-01147; HC 87563, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 13-04-2007 PP-00118 EMENT VOL-02271-02 PP-00285 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 365-370; AP 1002 AgR-terceiro, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, ACÓRDÃO

ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 06-12-2017 PUBLIC 07-12-2017).

Date Created

21/03/2021