

## PROCEDIMENTO JUDICIAL EM CASO DE AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO (AINDA EXISTE O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL?)

PAULO BUENO DE AZEVEDO

Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo;  
Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra.

### *Resumo*

No presente estudo, analisa-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se anulou um processo em que o juiz, na ausência do representante do Ministério Público, fez perguntas à testemunha de acusação. Além da crítica ao referido posicionamento da Corte Superior, faz-se uma reflexão sobre o princípio da verdade real.

*Sumário:* 1. Explicação inicial. 2. Princípio da verdade real e oitiva de testemunhas: interpretando o art. 212 do Código de Processo Penal. 3. Considerações finais. Referências.

### *1 Explicação inicial*

Talvez pareça estranho escrever sobre algo improvável, porém chamou-me a atenção um recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.259.482)<sup>1</sup>. Nessa decisão, ocorreu a hipótese aventada no título do presente estudo, qual seja a ausência do representante do Ministério Público na audiência de instrução, mais exatamente na audiência de oitiva de testemunha de acusação.

No caso em apreço, o juiz de primeira instância, considerando o não comparecimento do *parquet*, iniciou a inquirição da testemunha de acusação, passando, após, a palavra à defesa. No recurso especial, os ministros do STJ consideraram que o procedimento prejudicou a defesa do acusado, tendo em vista que o juiz não poderia substituir-se ao promotor. Aliás, a decisão da Corte Superior apenas manteve a anulação já anteriormente decidida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Analisando esse caso, o advogado Aury Lopes Jr. sustenta que, em tal situação, caberia ao magistrado dar a palavra ao defensor para iniciar as perguntas. E se, por acaso, o defensor se abstivesse de fazer quaisquer perguntas, o juiz também estaria impedido de fazê-lo, pois o seu papel seria restrito a perguntas suplementares, de esclarecimento de pontos que não teriam ficado claros nas perguntas das partes. Nada tendo sido perguntado pelas partes, nada a ser esclarecido pelo juiz<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Recurso Especial. Nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.690/08. Recurso Especial nº 1.259.482-RS (2011/0144920-4). Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 4 de outubro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101449204&dt\\_publicacao=27/10/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101449204&dt_publicacao=27/10/2011)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

<sup>2</sup> Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do art. 212 do CPP. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011.

A partir do julgamento do STJ e da opinião do culto articulista, poder-se-ia indagar, caso seguidas as orientações retromencionadas, o que seria do princípio da verdade real, caso o juiz fosse impedido de fazer perguntas a uma testemunha de acusação por uma fatídica ausência do *parquet* e por uma astuta recusa em formular perguntas pela defesa.

Aliás, tal princípio, apontado como mitológico pelo articulista no mesmo artigo já citado, foi amplamente mencionado pela imprensa e pela mídia em julgamento recente de grande repercussão na Justiça Estadual de Santo André. A citação midiática, como de costume, não ocorreu para fins didáticos ou informativos, porém apenas para explorar, à exaustão, uma suposta discussão entre a advogada e a juíza do caso, em que a causídica teria recomendado mais estudo à magistrada diante do também suposto desconhecimento do princípio. Pode, eventualmente, ter ocorrido<sup>3</sup> um debate sobre a própria existência da verdade real no processo penal.

Com efeito, em recentes estudos doutrinários, aduz-se que a única verdade passível de ser obtida no processo penal é a processual. A verdade real seria inalcançável. Toda verdade, portanto, seria processual.

Contudo, defender a existência de uma verdade puramente processual significaria a defesa de um processo penal puramente ritualístico, em que a forma é mais importante do que o conteúdo? Remetendo ao caso em tela, está correto o Superior Tribunal de Justiça ao fundamentar a nulidade de uma sentença pelo fato de o juiz ter feito perguntas a uma testemunha? Adianta, desde já, que entendo absolutamente incorreto o posicionamento da Corte Superior no julgamento citado, conforme passarei a expor a seguir.

## *2 Princípio da verdade real e oitiva de testemunhas: interpretando o art. 212 do Código de Processo Penal*

De vez em quando, o cenário jurídico é invadido por polêmicas sem muito sentido, as quais servem para se gastar linhas e linhas de belas e rebuscadas teorias, sem que, no entanto, haja muito sentido prático na discussão. Exemplo disso é o princípio da verdade real. Ora, tal princípio pode até ser um mito, como dizem alguns autores, entretanto a questão não é essa. Não importa que a verdade substancial nem sempre seja alcançada nos julgamentos, desde que ela seja vista como uma meta a ser alcançada, respeitando-se as limitações constitucionais e legais.

Com efeito, qual é a função do Direito? Permitir que as causas sejam ganhas ou perdidas dependendo da força da retórica dos operadores jurídicos? Certamente que não. A função do Direito, na mais apertada síntese, é garantir a realização da justiça, concedendo o direito a quem o mereça. Evidente que tal tarefa, na maioria dos casos, é bem complexa e, por vezes, depende da demonstração do direito pleiteado pela produção de provas. A verdade real, assim, é o instrumento pelo qual se persegue a justiça. Trata-se, pois, de meta a ser buscada em todos os processos – civis, criminais, trabalhistas, previdenciários etc.

<sup>3</sup> Aqui, apenas deduzo o que pode ter ocorrido. As notícias da imprensa e da mídia, como de hábito, mais exploraram o conflito, reproduzindo frases de efeito, do que efetivamente informaram o objeto do debate. Pedindo escusas pelo trocadilho, as notícias da imprensa e da mídia em nada contribuíram para a “verdade real” da discussão sobre o princípio em tela.

Tal busca, porém, sofre as limitações constitucionais e legais. A propósito, não se admitem as provas ilícitas. Não se pode, por exemplo, admitir confissão de ato criminoso obtida por tortura. Aliás, com a tortura, sérias dúvidas recairiam sobre a suposta verdade advinda da confissão. Em regra, as provas obtidas por meio de crimes não são admitidas no processo. Assim, não existe nem se pode aceitar uma busca desenfreada ou ilimitada das provas.

A lei material e a lei processual impõem limites para a produção de provas, os quais não podem ser desrespeitados. A forma, portanto, também é importante para limitar a busca da verdade real. Contudo, nesse âmbito, todo o cuidado é pouco. Os ritos processuais não podem ser interpretados de forma literal e assistemática para impedir indevidamente a produção de provas. E aqui irei focar a problemática descrita no tópico anterior. Começando pela norma que foi interpretada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça de modo a tornar nulo um processo pelo fato de o juiz ter formulado perguntas a uma testemunha de acusação.

A norma processual em questão é o art. 212 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.  
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Observe-se como tal dispositivo foi interpretado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, do Superior Tribunal de Justiça:

“Verifico nos autos que a sentença condenatória está lastreada em elementos de convicção obtidos exclusivamente na oitiva de testemunhas, arroladas pelo Ministério Público, na audiência de instrução, a qual não estava presente seu órgão de acusação, tendo o juiz formulado todas as perguntas que envolviam os fatos da imputação penal.

Com efeito, em tais situações, não se mostra relevante sequer a questão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.

A nulidade decorre, no caso, da violação do caráter complementar da inquirição, não da ordem de inquirição<sup>4</sup>.”

Em resumo, portanto, o STJ entendeu, no caso, que o fato de o juiz ter feito perguntas à testemunha, fora do caráter meramente “complementar”, acarretou prejuízo irreparável à defesa. Ou seja, o juiz não pode perguntar nada a uma testemunha fora do seu

<sup>4</sup> REsp nº 1.259.482-RS.

papel meramente complementar, sob pena de se confundir com o órgão de acusação. Em conclusão, se é que a verdade real estava presente no depoimento da testemunha de acusação, na situação em exame, essa verdade só poderia ser buscada pelo representante do Ministério Público. Essa é a única dedução lógica possível do entendimento do referido julgado.

Com toda a devida vênia, discordo do raciocínio utilizado pelo eminente Ministro.

De fato, num primeiro ponto a destacar, foge totalmente dos limites da razoabilidade, e até do bom senso, dizer que o juiz que faz perguntas a uma testemunha prejudica o direito de defesa do réu. Diz-se até popularmente que perguntar não ofende.

Hodiernamente, é frequente encontrar artigos, escritos na maioria das vezes por advogados, defendendo a tese de que o magistrado que tem iniciativa probatória inclina-se para um dos lados, especialmente para o lado da acusação.

Se o juiz tem iniciativa probatória, isso quer dizer que ele se equipara a um inquisidor em busca da condenação do réu. É até curioso ler ou ouvir tantos advogados repetindo a mesma cantilena, o mesmo mantra. Confira-se, por exemplo, as palavras de Bernardo de Azevedo e Souza e Daniel Kessler de Oliveira:

“No momento em que o julgador desce de sua posição constitucionalmente estabelecida de terceiro, equidistante e imparcial, inúmeras garantias são vilipendiadas, pois, ao diligenciar na busca de uma prova, obviamente estará inclinándose para um dos lados, o que fere a constitucional garantia de um juiz imparcial<sup>5</sup>.”

Analisando a assertiva em questão: se o juiz determina uma prova não buscada por uma das partes, ele necessariamente torna-se parcial, já que, “obviamente”, inclina-se para um dos lados. Com o devido respeito, a referida obviedade levaria a uma conclusão absurda: o juiz sempre saberia de antemão o resultado da prova por ele determinada. Teria praticamente o dom da onisciência. Afinal, se ao determinar uma prova o magistrado já se inclina para uma das partes, obviamente ele já sabe o que a diligência, ao final, irá comprovar. Isso, evidentemente, é um absurdo que, pior ainda, criaria outro paradoxal absurdo: o fato de o juiz onisciente não determinar a produção de uma prova que poderia prejudicar o lado para o qual se inclina também o tornaria parcial. Enfim, se o juiz sabe de antemão o resultado da diligência probatória, ele será parcial quer se mantenha inerte quer tenha a iniciativa probatória.

Aqui, paro de argumentar pelo absurdo e volto à realidade. Quando o juiz toma a iniciativa probatória, em regra, ele não sabe o que aquilo poderá comprovar, se será prejudicial ou benéfico para o acusado. *Mutatis mutandis*, quando o juiz indaga a testemunha, ele não sabe se o teor do seu depoimento prejudicará ou beneficiará o réu. Enfim, ao determinar a produção de uma prova ou ao formular perguntas à testemunha, o juiz está em busca da verdade real, traduzindo-a em verdade processual.

Poder-se-ia ainda dizer que o magistrado já saberia de antemão o que a testemunha iria dizer, considerando o depoimento anteriormente prestado perante a autoridade policial. Tal argumento, porém, não pode ser aceito por quem tenha um mínimo de vivência forense. É mais do que comum que testemunhas esqueçam-se do que elas próprias

<sup>5</sup> Entre “justiceiros” e “samambaias”: reflexões constitucionais sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Rio Grande do Sul, n. 70, p. 90-102, out./nov. 2011, p. 94.

disseram no inquérito ou que, até mesmo, alterem seus depoimentos. Nem sempre isso acontece, evidentemente, mas já é o bastante para se afirmar que o juiz não tem plena certeza do que responderá a testemunha, ainda que ela já tenha prestado depoimento anterior no inquérito.

O segundo ponto pelo qual discordo do entendimento do STJ sob exame diz respeito ao alcance da função complementar do juiz na inquirição das testemunhas. Complementar ou completar, a meu ver, é perguntar ao depoente tudo aquilo que interesse à causa e que não foi perguntado pelo membro do Ministério Público ou pelo defensor. Assim, se nada for perguntado pelas partes, tudo poderá e deverá ser perguntado pelo juiz, sem que isso ofenda o direito de defesa do réu.

De fato, se o *parquet* não comparece à audiência, por desídia ou por fatalidade, e se o defensor se recusa a perguntar, isso não pode levar à dispensa de uma testemunha de acusação, a qual pode, eventualmente, favorecer o próprio acusado. Mais uma vez invocando o mínimo de vivência forense, sabe-se que não são raras as vezes em que uma testemunha arrolada na denúncia pode beneficiar o próprio réu, seja porque não se lembra dos fatos, porque não reconhece o réu etc.

Desse modo, o juiz que deixa de inquirir uma testemunha de acusação por conta da ausência do *parquet* torna-se um magistrado descompromissado com a própria verdade processual. Torna-se um magistrado não apenas neutro e imparcial, mas desinteressado. Lava suas mãos tal qual Pôncio Pilatos, conforme descrito na Bíblia. Infelizmente, a orientação do STJ, caso prevaleça e seja seguida, produzirá novos Pilatos e favorecerá a ocorrência de erros judiciais, a exemplo do maior da História.

Pior, se aceita a orientação do STJ, o que vale para a testemunha de acusação valerá igualmente para a testemunha de defesa. Senão vejamos. Em audiência de instrução, quem deixa de comparecer é o advogado de defesa, provocando, então, a nomeação de defensor *ad hoc*. O juiz consciente, que leu a resposta à acusação, sabe que tal testemunha foi arrolada para fornecer, por exemplo, um alibi importante ao réu. Ocorre que isso não é percebido pelo defensor nomeado para o ato, que se limita a perguntar sobre eventuais fatos desabonadores sobre o réu. Passada a palavra ao *parquet*, não formula perguntas. Se seguida a orientação do STJ e de alguns doutrinadores, o juiz só poderia complementar algumas questões sobre os antecedentes do réu, esclarecendo alguns pontos sobre isso.

Bem, mas dirão alguns: se for a favor do réu, pode o juiz perguntar livremente. Isso não tem sentido e é ilógico, pois, aí sim, estar-se-ia defendendo um juiz parcial. Se o juiz pode fazer perguntas sobre o fato principal a uma testemunha de defesa, considerando-se a atuação insuficiente do defensor *ad hoc*<sup>6</sup>, também poderá necessariamente fazê-lo em relação à testemunha de acusação, diante da ausência do Ministério Público.

Importa ressaltar que, nesses casos, o juiz não age como substituto das partes. Ele atua em busca de elementos que lhe permitam dar a melhor decisão possível, seja no sentido da condenação, seja no sentido da absolvição.

Por fim, a interpretação sistemática do Código de Processo Penal demonstra o infeliz desacerto do julgamento do STJ aqui examinado. Aliás, a solução que ora aponto foi até mesmo mencionada indiretamente na decisão, quando feita citação de obra do ilustre penalista Guilherme de Souza Nucci. Transcrevo, pois, trecho da citação de Nucci feita no voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

<sup>6</sup> E, convenhamos, amiúde, a atuação insuficiente é do advogado de defesa contratado.

*“[...] A pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada. Não se terá um novo sistema processual penal pela modificação de um único artigo do Código de Processo Penal. Olvida-se, afinal, poder o magistrado produzir tantas provas quanto ele desejar, de ofício, sem que nenhuma das partes manifeste interesse. **Olvida-se que, no cenário das testemunhas, o juiz do feito pode arrolar quem bem quiser, sem prestar contas às partes.** [...]”* (Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: RT, 2010, p. 474) – itálicos no voto; negrito nosso<sup>7</sup>.

A referência de Nucci à possibilidade de o juiz ouvir quem quiser como testemunha deveria ter sido lembrada. Com efeito, o art. 209 do Código de Processo Penal permite que o magistrado possa ouvir outras testemunhas, quando julgar necessário. No caso em apreço, se o promotor se ausenta e se o defensor se cala, nada impediria que, se relevante o depoimento da testemunha de acusação, o juiz, em última análise, pudesse ouvi-la como testemunha do juízo.

Isso até pode ser um formalismo, já que, conforme exposto anteriormente, considero que o caráter complementar já permitiria ao magistrado formular perguntas à testemunha de acusação, ouvida nessa condição. Mas, a prevalecer o entendimento do STJ, ao magistrado competiria converter a testemunha de acusação em testemunha do juízo, fundamentando no sentido de que uma mera obra do acaso (ausência do MP na audiência) não poderia prejudicar a eficiência do processo penal, em que se busca a verdade material como ideal.

De outro lado, a lição de Nucci, supratranscrita, também demonstra que se deve repudiar um sistema acusatório puro ou nos moldes do americano. Aliás, o sistema processual americano é substancialmente diferente do nosso, razão pela qual não se pode pretender a aplicação idêntica de um ponto específico (produção de prova testemunhal), quando diversos os demais aspectos. Nos Estados Unidos, as decisões são tomadas pelos jurados leigos, impressionáveis pela retórica dos promotores e advogados, ao passo que o juiz brasileiro, em regra, julga o processo sozinho, devendo buscar os elementos para a sua convicção.

O sistema acusatório é compatível com a formulação de perguntas pelo juiz e com a determinação de provas de ofício. Lembre-se, uma vez mais, que tais provas a serem produzidas podem resultar favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Em sendo possível um resultado favorável ao réu, nada impede a produção da prova de ofício, tornando-se descabida a crítica que, nessa situação, o juiz se equipara ao órgão de acusação.

### *3 Considerações finais*

Hoje, é fácil estigmatizar juízes, tachando-os de carrascos, acusadores ou inquisidores tão somente pelo fato de determinarem provas de ofício ou, como no caso do presente estudo, até mesmo por formularem perguntas a testemunhas. É mais simples condenar genericamente do que pensar a utilidade da prova em cada caso concreto. Contudo, a tentativa de restringir a atuação judicial, em suposta homenagem à imparcialidade, pode produzir injustiças.

---

<sup>7</sup> REsp nº 1.259.482-RS.

Apenas exemplificando, já determinei provas de ofício em alguns processos penais, muitas das quais resultaram favoráveis aos réus e levaram à absolvição. Tais provas não haviam sido cogitadas pelo Ministério Público ou pela defesa, porém revelaram-se fundamentais. Lembro-me até de pelo menos um caso em que o Procurador da República já havia pedido a condenação em suas alegações finais e, após o resultado da prova determinada pela conversão do julgamento em diligência, manifestou-se novamente, desta vez pela absolvição.

A prova pode ser determinada pelo juiz quando interessar ao processo, podendo influir na condenação ou na absolvição. E a doutrina e a jurisprudência não podem, com a devida vênia, adotar dois pesos e duas medidas, aduzindo que a prova produzida de ofício só vale quando beneficiar o réu.

Nesse diapasão, o juiz pode e deve formular perguntas às testemunhas, de acusação ou de defesa, quando as respostas puderem influir no resultado do feito. Sabe-se muito bem que testemunhas de acusação às vezes auxiliam os réus, ao passo que as de defesa eventualmente os prejudicam. Assim, não se pode afirmar, preconceituosamente, que o juiz substituiu alguma das partes, conforme, ao final, ocorra a condenação ou a absolvição.

Quando o juiz determina provas ou formula perguntas está apenas em busca da verdade (real ou processual aprimorada). Decerto existem maus juízes (como maus promotores, maus advogados, maus policiais etc.) que podem tentar produzir provas num determinado sentido por eles desejado. Isso, contudo, não pode justificar a restrição dos poderes instrutórios da maioria dos juízes conscientes, apenas interessados numa decisão correta.

Desse modo, ocorrendo a rara hipótese de ausência do membro do Ministério Público em audiência para oitiva de testemunha de acusação, não se mostra adequada a solução do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial em exame. Caberá ao magistrado, portanto, fundamentar em audiência que procederá à oitiva da testemunha não na qualidade de substituto do promotor, mas sim no cumprimento de seu papel de aprimoramento da verdade processual (a busca da verdade real). Pode ser lembrado, outrossim, o dispositivo que permite ao juiz ouvir quaisquer testemunhas (CPP, art. 209). O magistrado fará perguntas relacionadas às teses da acusação e da defesa.

A função complementar, na ausência de perguntas das partes, não quer dizer secundária, apenas para esclarecer mal-entendidos ou aclarar pontos obscuros dos depoimentos. Com a devida vênia, essa interpretação não está expressa na lei e decorre de uma interpretação deveras peculiar do termo “complementar”. Pode-se até entender assim, porém, como visto, trata-se de uma opção perigosa.

O papel do juiz criminal é aplicar o Código Penal, seja condenando ou absolvendo, analisando atentamente as provas produzidas pelas partes e, caso necessário, as determinadas judicialmente. Portanto, em regra, não age o magistrado com um intuito preconcebido, não sendo razoável anular um processo pelo mero fato de ter determinado provas de ofício ou feito perguntas a testemunhas em caráter principal, ainda que sobrevenha a condenação. Apenas uma atuação judicial tendenciosa e parcial configura nulidade, o que não se confunde meramente com as hipóteses dantes mencionadas.

Deve-se, enfim, evitar posicionamentos extremados que tolham a atividade judicial em busca da verdade real. O reconhecimento da dificuldade em se alcançar a exata verdade não pode justificar o abandono desse princípio, o que seria potencialmente prejudicial não apenas para a sociedade, como também, amiúde, para os próprios réus.

### Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Recurso Especial. Nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.690/08. Recurso Especial nº 1.259.482-RS (2011/0144920-4). Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 4 de outubro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101449204&dt\\_publicacao=27/10/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101449204&dt_publicacao=27/10/2011)>. Acesso em: 10 fev. 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do art. 212 do CPP. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Entre “justiceiros” e “samambaias”: reflexões constitucionais sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, Rio Grande do Sul, n. 70, p. 90-102, out./nov. 2011.