



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

ESTUDO DE CASO

DEVER/PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente estudo tem como objeto analisar aspectos jurídicos pertinentes à atividade das partes no processo penal consistente em requerer a apresentação de provas, ou a sua produção, e o conseqüente juízo acerca de sua admissibilidade, no bojo da ação penal.

Dentro deste amplo tema o foco será o da sua correlação com o dever/poder requisitório¹ do Ministério Público no processo penal, especialmente: *(i)* sobre a sua extensão para além da primeira fase da persecução penal; *(ii)* em quais hipóteses o dever/poder requisitório do Ministério Público pode validamente servir de fundamento à decisão judicial que, embora já tenha deferido a apresentação da prova, ou a sua produção, imponha ao órgão ministerial o ônus de requisitá-la diretamente de seu detentor.²

Adianta-se que, nos termos do estudo, o critério distintivo que deve prevalecer é normativo, nas balizas traçadas pelo *princípio da comunhão das provas* no processo penal brasileiro. Logo, aspectos práticos, que atualmente tem pautado as decisões jurisprudenciais sobre o assunto, somente devem ser considerados supletivamente, quando o *princípio da comunhão das provas* se transforme em um entrave à sua apresentação, ou a sua produção, em se cuidando v.g. de documento, ou informação, cuja obtenção esteja sujeita à reserva jurisdicional.

1 Considerando sua instrumentalidade ao exercício das atribuições do Ministério Público, em defesa de interesses cuja titularidade é de terceiros, adota-se no texto a expressão "dever/poder requisitório", a qual, no nosso sentir, enfatiza a sua indisponibilidade sem retirar-lhe sua principal característica que é a cogência imposta ao destinatário.

2 O estudo se justifica dada a recorrência das consultas direcionadas a este Centro de Apoio, a saber: pesquisas nº 119/2016; 173/2016; 284/2016; 331/2016; 373/2016; 383/2016; 457/2016; 97/2017; 172/2017; 272/2017 e 300/2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

2 O DEVER/PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal atribui ao Ministério Público o dever/poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua atribuição.³

Trata-se de um meio inerente ao exercício das mais relevantes atividades fins do Ministério Público, com ênfase para a sua função institucional de tutela dos denominados interesses difusos, coletivos (artigo 129, III, CF) e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, CF).

A requisição possui como principal característica a de cogência, ou seja, não pode o destinatário avaliar a conveniência de cumpri-la, sendo o seu atendimento obrigatório pelos órgãos e entidades da administração pública de todos os Poderes e níveis da Federação, bem como pelas entidades particulares. Em outras palavras, o órgão destinatário, público e privado, tem o dever de atender à requisição do Ministério Público sempre que o fornecimento dos documentos ou informações não esteja condicionado à reserva jurisdicional.⁴

Nessa linha, MORAES destaca as diversas consequências que o descumprimento injustificado de requisição do Ministério Público pode acarretar:⁵

3 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Por seu turno, a Lei Complementar nº 75/93 dispôs em seu artigo 8º que “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta”. No mesmo sentido, o artigo 26, da Lei nº 8.625/93: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

4 GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 295-296.

5 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.628.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

(...) o desatendimento enseja responsabilização civil, posto que há, em suposição, a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, inc. II, da Lei nº 8.429/92, e responsabilização criminal, visto que há, em tese, configuração do crime de prevaricação desenhado no art. 319 do CP, sem exclusão da possibilidade de responsabilização político-administrativa, em virtude de imputação pelo crime contra a probidade na Administração tipificado no art. 9º, nº 3, da Lei nº 1.079/50, com assento no art. 129, incs. VI e VIII, da CFRB.⁶

A requisição, portanto, é meio imprescindível para que o Ministério Público instrua procedimentos extraprocessuais a fim de exercer adequadamente seu mister constitucional, na tutela de direitos indisponíveis, pela via de um instrumento de natureza cogente e com objeto normativamente limitado somente pela reserva jurisdicional imposta pela Constituição Federal, ou por lei.

A Constituição Federal, porém, não limita a requisição de documentos e informações por parte do Ministério Público aos procedimentos voltados à proteção dos direitos metaindividuais, ou indisponíveis, sendo, em tese, vedado ao intérprete fazê-lo. Assim, todo o procedimento instaurado pelo Ministério Público, no exercício de sua atividade-fim, pode contar com a requisição do artigo 129, inciso VI, da CF, inclusive aqueles instaurados no exercício de atribuições correlatas à esfera criminal.

Quando a atividade investigatória tiver por objeto fato que v.g. constitua infração penal, a requisição de documentos e informações é meio do qual deve/pode se valer o membro do Ministério Público para instruir a investigação⁷ e

6 Não se olvide, ainda, da possibilidade de incidência do delito específico previsto no artigo 10 da Lei n. 7.347/85 (LACP), que tipifica a recusa, retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público. Em não se tratando de um “dado técnico essencial”, ou não visando a instrução de ação civil, poderá configurar, em tese, o delito de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal. Em tal sentido: MOREIRA, Egon Bockmann, *et. al. Comentários à lei de ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 443.

7 A respeito, a redação do artigo 47, do CPP: *se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los*. A autoridade policial não possui discricionariedade na avaliação da requisição, a qual, como dito, possui natureza cogente, no caso, face a titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público. O mesmo se dá em países como Itália, Portugal e Alemanha. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação Criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016. p.41-60. Em sentido contrário, ignorando a distinção entre requerimento e requisição, e buscando guarida, equivocadamente, na ausência de hierarquia entre o membro do Ministério Público e o Delegado de Polícia: ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.462:



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

formar a *opinio delicti*, mesmo porque é o órgão o titular exclusivo da ação penal pública, nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Produzidos elementos suficientes à formação da *opinio delicti*, o titular da ação penal dá por encerrada a investigação criminal, devendo oferecer denúncia/queixa ou promover o arquivamento do procedimento – inquérito policial ou procedimento investigatório criminal.⁸

Não há, portanto, nenhuma limitação ao exercício do dever/poder requisitório do Ministério Público em relação a natureza do procedimento, aplicando-se àqueles cuja atividade investigatória esteja relacionada a apuração de fato previsto em lei como infração penal.

Tampouco há qualquer limitação de objeto, pois as requisições expedidas em procedimentos criminais não possuem restrição em relação ao seu conteúdo. Caso não se trate de material protegido pela reserva jurisdicional, tanto documentos produzidos formalmente no exercício da atividade administrativa, como informações que estejam armazenadas em bancos de dados públicos ou privados, podem ser objeto de requisições do Ministério Público para instruir investigações preliminares no processo penal.

Levando em consideração as consultas que têm chegado a este CAOP e pontuadas algumas premissas, cumpre investigar se o dever/poder requisitório do Ministério Público limita-se à primeira fase da persecução penal do processo penal brasileiro.

Embora o titular da ação penal, após analisar o material já coletado indique o caminho que deseja, não se trata de subordinação hierárquica, dado que a presidência do inquérito policial é ato privativo (STJ, HC 90.099), razão pela qual é possível a autoridade policial verificar a pertinência da investigação.

- 8 O procedimento investigatório criminal é o instrumento empregado pelo Ministério Público para investigar infrações penais (STF, RE nº 593727, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08/09/2015), regulamentado pela Resolução nº 13, do CNMP e 1.541/2009, da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL: FINALIDADE; STANDARDS OF PROOF; LIMITAÇÃO QUALITATIVA DO USO DAS PROVAS PRODUZIDAS NA INVESTIGAÇÃO; CARGA PROBATÓRIA – A SUBSISTÊNCIA DO DEVER/PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CURSO DA AÇÃO PENAL

Será com fulcro nos depoimentos, documentos, informações, perícias, etc, enfim, todo o material produzido na fase de investigação criminal que o Ministério Público decidirá pelo oferecimento da denúncia, ou pelo seu arquivamento, nas infrações penais cuja ação penal seja de natureza pública. A primeira finalidade da investigação preliminar criminal é, portanto, o fornecimento de subsídios ao titular da ação penal. Mas não é só.

A investigação criminal cumpre ainda um fundamental **papel de filtro**, visando evitar a acusação de cidadãos inocentes e, ao mesmo tempo, possibilitar a acusação de culpados.⁹

Eis, desse modo, a apresentação dos seus dois desideratos: alimentar o titular da ação penal com elementos hábeis à formação da *opinio delicti* e possibilitar a identificação de inocentes e eventuais culpados, evitando, assim, a acusação daqueles e o prosseguimento da persecução em relação a estes.

Essa dupla finalidade da primeira fase da persecução penal deve ser compreendida e equilibrada com a de que se trata de um **procedimento normativamente sumário**¹⁰, de maneira que não cabe ao investigador espelhar neste embrionário momento a atividade processual de cognição probatória plena, verticalizada, própria do segundo momento da persecução penal, o processual.

9 Acerca da função de filtro processual contra acusações infundadas LOPES JÚNIOR entende que: *incumbe, especialmente, à chamada fase intermediária, que serve como elo à investigação preliminar e o processo ou o não processo. Entretanto, esse é apenas um momento procedimental em que se realiza um juízo de valor, mais especificamente, de pré-admissibilidade da acusação, com base na atividade desenvolvida anteriormente e no material recolhido. É inegável que o êxito da fase intermediária depende inteiramente da atividade preliminar, de modo que transferimos a ela o verdadeiro papel de evitar as acusações infundadas.* JÚNIOR, Aury Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.107.

10 Novamente precisa sobre este ponto a lição de LOPES JÚNIOR: *O inquérito policial é normativamente sumário, inclusive com limitação quantitativa ou temporal, mas o que se sucede na prática é que ele se transforma em plenário.* LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit. p.177.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Ao mesmo tempo, entretanto, a conclusão da investigação significa, de um ponto de vista lógico, que se alcançou um estágio de maturidade cognitiva que, normativamente, autoriza uma tomada de decisão pelo Ministério Público, a ser controlada posteriormente pelo Poder Judiciário.

Uma investigação que procura reproduzir a plenitude cognitiva própria do processo não atende à sua sumariedade normativa, tampouco é garantia de qualidade que represente um melhor desempenho de seu papel geminado.

O sucesso da investigação pode ser medido por dois fatores: o número de pessoas culpadas acusadas e o número de inocentes não processados. Este êxito depende, sobretudo, da qualidade dos elementos de apuração e não de sua amplitude. Investigação plena não é garantia de investigação boa.

Neste ponto, a sumariedade da investigação criminal é representada normativamente no processo penal brasileiro pelo conceito de **justa causa**, devendo ser este o marco referencial do operador do Direito.

Nessa perspectiva, será com base no conjunto formado por documentos, informações, declarações, etc, e na sua correlação com a hipótese investigatória, que será tomada a decisão do titular da ação penal pelo oferecimento da inicial, ou pela promoção do arquivamento da investigação.

No caso de oferecimento da denúncia, ou queixa, são esses os elementos que devem formar a base fática da chamada **justa causa**. É o material produzido na investigação preliminar criminal que indicará a existência do fato imputado na inicial e ser a pessoa do(s) acusado(s) seu autor, ou partícipe.

Por conseguinte, a **justa causa** figura atualmente no Direito processual penal brasileiro como uma das condições da ação penal (artigo 395, III, CPP), conceituada originariamente na obra de JARDIM, como um *suporte probatório mínimo que deve ter a ação penal relacionando-se com indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.*¹¹

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.97.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

E a obrigatoriedade da ação penal pública somente se faz presente quando a imputação encontre respaldo nos elementos da investigação, indicando a existência da infração penal e de sua autoria/participação pela pessoa acusada. Não alcançado este *standard probatório* mínimo deve o procedimento ser arquivado, ou rejeitada a inicial, nos termos do artigo 395, inciso III, do CPP.¹²

O recebimento da inicial pelo Poder Judiciário, por outro lado, representa o reconhecimento de que há justa causa, de que nesta etapa da persecução penal os elementos apresentados pelo autor da denúncia/queixa atendem o *standard of proof* do CPP: há elementos suficientes da existência do fato imputado que indicam a autoria/participação por parte do(s) acusado(s).

Dada a sumariedade normativa da investigação, a cognição acerca da presença de justa causa é limitada substancialmente. A partir do seu reconhecimento e das demais condições da ação penal e pressupostos processuais, instaura-se a ação penal, no bojo da qual serão apresentadas pelas partes as provas que efetivamente, ao término do processo, poderão servir à formação da convicção do julgador, agora sim, em pleno grau de cognição.

É com a inauguração da ação penal, no transcorrer da relação jurídico-processual, que as partes apresentarão e produzirão perante o Estado-juiz as provas que servirão de fundamento à futura sentença de mérito, em grau de cognição, portanto, distinto, e normativamente baseado em um diferenciado e mais exigente *standard of proof*.¹³

A possibilidade de postular a apresentação, ou a produção, de

12 Artigo 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

13 Exigir, para uma condenação, “certeza”, “mais que probabilidades” ou ausência de dúvidas reflete novamente a falta de criatividade, de conhecimento ou visão crítica. Toda a epistemologia e a lógica modernas ensinam, em uníssono, que não temos como conhecer o mundo – e isso inclui fatos do passado – para além de uma grande probabilidade. Por isso, não há como exigir, para uma condenação, mais do que o standard norte-americano exige, que é uma convicção da culpa do réu para além de dúvida razoável. DALLAGNOL. Deltan Martinazzo. A visão moderna da prova indício. In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.128. No Direito estadunidense, o standard probatório para uma condenação criminal é o da prova para além da dúvida razoável, extraído da cláusula constitucional do devido processo legal da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (due process clause), conforme a landmark decision da Suprema Corte dos Estados Unidos, In Re Winship, 397 U. S. 358 (1970), leitura que, no nosso entender, deve ser feita em relação ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal brasileiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

provas no bojo da ação penal cuida-se de verdadeiro *direito à prova* de ambas as partes:

Como decorrência do princípio e em consequência do exercício da ampla defesa, pode-se afirmar que o réu tem direito à prova. Desnecessário afirmar que igual direito assiste ao órgão da acusação, já que o direito do réu à prova tem como pressupostos a existência e o exercício do direito da acusação.

O exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da obtenção, a da introdução e produção no processo e, por fim, a da valoração da prova, na fase decisória.¹⁴

No presente estudo surge como relevante a fixação desses pontos preliminares, a fim de que se compreenda que os elementos apresentados pela parte no momento inaugural da ação penal tem por objetivo formar um grau de convicção sumário e provisório, que tem como parâmetro normativo a justa causa no processo penal brasileiro. Ao final, a sentença de mérito do caso penal levará em consideração critérios normativos distintos para aferir a existência, ou não, de prova suficiente à condenação (artigo 386, VII, CPP).

Esses dois momentos: o encerramento da primeira fase da persecução penal e o desfecho da instrução processual são marcados por diferentes *standards* legais no campo probatório. Logo, uma primeira conclusão é de que, normativamente, é preciso “menos provas” para que seja deflagrada a ação penal e “mais provas” para que se profira uma sentença condenatória.

A distinção, entretanto, não pode se limitar ao plano da quantidade, porém, também e sobretudo, deve concernir ao tipo de prova apresentada, à sua qualidade, ou espécie. A sentença de mérito pode ter suporte, e na maioria das vezes o terá, em declarações, documentos, perícias, etc, que foram produzidas exclusivamente no bojo da ação penal, no exercício do direito à prova das partes, e que sequer existiam naquele momento embrionário de análise da presença da justa causa baseado exclusivamente nos elementos colhidos pela investigação.

14 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.294.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Exsurge, assim, uma dupla limitação à condição de “prova” dos elementos produzidos na investigação preliminar criminal: **(i) lógica**, já que a investigação tem por finalidade a coleta de elementos hábeis à formação de um conjunto que, em relação à hipótese investigatória, atinja o *standard* normativo da justa causa; **(ii) normativa**, pois na investigação preliminar do processo penal inexistente relação jurídico-processual e se mostram inaplicáveis todas as garantias constitucionais inerentes à moderna concepção de processo em um Estado de Direito.

Essa segunda *fronteira normativa* referida deriva do chamado princípio acusatório, pilar de sustentação fundante do processo penal brasileiro, consagrado pela Constituição Federal de 1988 ao firmar compromisso inarredável com a separação entre órgão acusador e órgão julgador (artigo 129, I, CF), garantindo um contraditório constitucional, como fórum de coparticipação e controle mútuo, no qual ao acusador não compete a disponibilidade absoluta da acusação.¹⁵

A concepção de uma investigação “processualizada”, com contraditório e ampla defesa, para além de ser algo logicamente insustentável¹⁶, que consistiria em ineditismo histórico brasileiro em relação a todos os sistemas processuais penais do mundo ocidental, representaria riscos de considerável magnitude em relação aos direitos do próprio investigado, conforme alertado por

15 Neto, Orlando Faccini; RAMIRES, Maurício. *Refundando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova*. In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Org. Daniel de resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.30.

16 (...) *o inquérito policial valerá pelo efeito que terá quanto ao início do processo: oferecimento e recebimento da denúncia, mas principalmente, pela repercussão que terá, na sentença, em termos de convencimento judicial. Claro que se o inquérito fosse contraditório, não haveria porque objetar – respeitadas algumas outras garantias – a valoração das provas nele produzidas, no posterior processo. Porém, nesse caso, poder-se-ia imaginar duas situações distintas: o inquérito seria contraditório e o subsequente processo não seria contraditório; ou o inquérito seria contraditório e o posterior processo também. Nenhuma das duas hipóteses têm sentido. No primeiro caso, o desenrolar de uma etapa posterior não contraditória não teria qualquer sentido, posto que o que nela se produzisse não poderia ser valorado para o convencimento final. Por outro lado, também não seria razoável um sistema que instituisse duas fases da persecução penal como plena observância do contraditório. Uma investigação policial contraditória, seguida de uma instrução processual também contraditória, seria uma duplicação desnecessária. Assim, mais importante do que estabelecer se o inquérito policial é contraditório ou não – a tendência generalizada é considerá-lo inquisitório -, é definir qual o valor dos elementos de informação nele colhidos.* BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: Polícia e investigação no Brasil. Organizadores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino e Eneas Romero de Vasconcelos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.260.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

JARDIM:

se o inquérito vier a ser contraditório, passa a ser uma primeira fase do processo penal (processo é todo procedimento desenvolvido em contraditório – Fazallari). Assim, a prova ali produzida poderia lastrear um juízo condenatório. O que pode parecer liberal, na verdade, de liberal não tem nada. O nosso sistema processual penal restaria totalmente descaracterizado e esta primeira fase do processo seria instaurada sem qualquer lastro probatório mínimo. O delegado de polícia iria desempenhar a dupla função, substituindo o Ministério Público e o juiz, ao presidir verdadeiras audiências instrutórias. Patente inconstitucionalidade. O sistema acusatório exige que o processo seja instaurado por ação da parte e esta acusação tem de encontrar arrimo em prova mínima colhida unilateralmente pelo Estado.¹⁷

A linha divisória entre o que é produzido na investigação e pode validamente servir de prova em futuro processo, inclusive sendo usada como sustentação fática de uma eventual sentença meritória, dependerá das especificidades de cada sistema processual penal.

No caso brasileiro tal definição se encontra no artigo 155, do CPP, o qual autoriza a utilização dos elementos colhidos na investigação em sentença de mérito do caso penal, desde que: *(i)* cotejados com prova produzida em contraditório judicial, ou seja, no processo; *(ii)* as provas sejam de natureza cautelar, não repetível ou antecipada.¹⁸

17 JARDIM, Afrânio Silva. *Algumas considerações sobre as investigações de condutas delituosas e atuação dos advogados*. Disponível em: <http://www.emporiododireito.com.br/algumas-reflexoes/>. Acesso em 10 de julho de 2017.

18 O dispositivo não escapa de justificada crítica doutrinária, notadamente porque utiliza como referência teórica a concepção da livre apreciação da prova para formação da convicção judicial, própria de uma filosofia da consciência, solipsista. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Por outro lado, raramente são apresentadas soluções condizentes com o princípio acusatório assumido pela CF/88, que carrega consigo a imprescindibilidade de uma investigação preliminar no processo penal voltada à formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Fala-se, eloquentemente, em contraditório no inquérito ou em imprestabilidade absoluta de todos os elementos do procedimento preliminar para servir de fundamentação à futura sentença de mérito. Neste sentido: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 10 de julho de 2017. Quiçá, a solução pudesse passar por uma discussão séria e não corporativista acerca de alguns importantes temas, dentre eles: (a) os limites da participação defensiva na primeira fase da persecução penal, sem descurar que se cuida de um



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Conseqüentemente, considerando os diferentes *standards* probatórios e o delineamento de limitações normativas ao emprego dos elementos produzidos na investigação na sentença de mérito do caso penal, surge como corolário a necessidade/possibilidade de ampliação do espectro temporal para o Ministério Público requisitar documentos e informações de órgãos públicos e entidades privadas, no curso da já instaurada ação penal. Trata-se de decorrência natural, inerente, ao direito à prova.

Nosso sistema processual penal não afasta, portanto, tampouco poderia fazê-lo, sob pena de quebra da paridade entre as partes do processo, a necessidade/possibilidade de o Ministério Público, depois de instaurada a ação penal, valer-se de seu dever/poder requisitório, a fim de eventualmente postular a introdução, ou a produção, de determinada prova ao processo, sob o crivo do contraditório.¹⁹

procedimento não sujeito ao contraditório e à ampla defesa, por conta do princípio acusatório; (b) qualificar a definição acerca dos elementos colhidos na investigação preliminar que poderão servir de fundamento à sentença de mérito do caso penal, v.g. definição legislativa do que são provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas; (c) incrementar o procedimento de controle jurisdicional ao recebimento da imputação, ou seja, estabelecer uma espécie de *udienza preliminare*, semelhante a que há no CPP italiano (artigos 416 e seguintes), a partir da qual, admitida a acusação, serão separados os elementos da investigação hábeis a servirem efetivamente à instrução (provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, no caso brasileiro) daqueles que não poderão servir à fundamentação da sentença de mérito. Desta forma, avançar-se-ia em relação à autonomia do processo sem descuidar da imprescindível utilização de determinados elementos produzidos na fase investigatória, conforme previsão legal. No sistema italiano cuida-se do chamado *principio del doppio fascicolo*, que prevê a formação do *fascicolo del dibattimento*, a partir da admissão da acusação na *udienza preliminare*, o qual conterá todo o material cujo CPP italiano autoriza seja aproveitado na instrução processual (art.431), descartando-se os elementos inadmissíveis ao processo, que será apartado para formar no *fascicolo del pubblico ministero*. Sobre o sistema processual penal italiano, a obra coletiva de DI CHIARA, Giuseppe; GALATI, Antonino; PANATE, Vania; SIRACUSANO, Fabrizio; SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALA, Vincenzo. *Diritto Processuale Penale*. 2013, Giuffrè.

19 Nesse sentido, a seguinte decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “RECLAMAÇÃO (CORREIÇÃO PARCIAL). REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO POR OCASIÃO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. Na espécie, o juízo reclamado indeferiu pleito ministerial de requisição da FAC do acusado, sob o fundamento de que o próprio Reclamante poderia obter o documento mediante acesso ao sistema informatizado. Conforme se percebe, o caso em análise não versa sobre produção probatória, pois nenhuma prova foi indeferida pelo juízo reclamado. A rigor, a questão está em saber sobre quem deve recair a tarefa de obtenção da Folha de Antecedentes Penais: a Promotoria de Justiça ou a Vara Criminal. Não se descarta que o órgão ministerial poderia oficiar diretamente aos órgãos do estado, mesmo antes do ajuizamento da ação penal, uma vez que detém poder requisitório para tanto, consoante dispõe os artigos 129 da Constituição da República, 47 do Código de Processo Penal e 26, IV, da Lei 8.625/93. **O argumento de que o poder requisitório do Parquet estaria adstrito a procedimentos administrativos não tem fundamento constitucional ou legal; ao prevê-lo para a fase pré-processual, o objetivo do legislador foi**



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Essa conclusão, aliás, é corroborada pela redação dos artigos 231, 479 e 616, do CPP, os quais evidenciam a significativa redução de restrição em relação à oportunidade de produção da prova documental. Sobre o assunto, PACELLI e FISCHER explicam que:

Em matéria penal as restrições à prova são sensivelmente mais reduzidas, (...). A regra, portanto, é que as provas documentais ou os documentos possam ser trazidos a qualquer tempo, desde que em condições para o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a preservação da efetividade do processo, a ser realizado em prazo razoável (ao menos, em tese!). Por isso, o art. 616, CPP, autoriza o Tribunal, antes do julgamento da apelação, determinar a produção de quaisquer diligências necessárias ao esclarecimento da matéria a ser julgada. Obviamente, renovam-se aqui as objeções contra a tentativa de substituição, também pelo tribunal, do ônus probatório atribuído à acusação.

O que não significa que não haja restrição alguma ao manejo da apresentação de novos (e velhos) documentos. O art. 479, CPP, por exemplo, proíbe a leitura, no plenário do júri, de qualquer documento ou objeto que não tenha sido juntado aos autos com três dias de antecedência. Se o documento for indispensável à demonstração das alegações das partes, deve o juiz adiar o julgamento, quando dele (documento) só se tiver notícia no dia marcado para a instrução (no Júri).²⁰

Há, evidentemente, limites materiais e procedimentais à introdução, ou produção da prova. Tais barreiras, entretanto, não estão relacionadas a (in)existência do dever/poder requisitório do Ministério Público e, sim, ao procedimento que exterioriza o processo, em seu viés finalístico.

A necessidade/possibilidade de requisição de documentos, informações, etc, pelo Ministério Público a órgãos da administração pública, ou

ampliar a atuação do Ministério Público, daí a dispensar que tivesse invariavelmente de recorrer à intervenção judicial ao exercer suas funções. Contudo, uma vez recebida a inicial acusatória encontra-se instaurada a relação processual – embora ainda não completada com a citação do réu – e, portanto, também nada impede que seja formulado requerimento ao juízo da causa para a obtenção de documentos, sobretudo, na espécie, considerando a noticiada realidade do órgão de execução ministerial em Saguarema. Diante desse cenário, não obstante caiba ao Ministério Público melhor aparelhar seus órgãos de execução, a negativa do juízo reclamado atenta contra a celeridade processual e cria embaraços à persecução penal, tendo em conta a imprescindibilidade da FAC para a instrução da causa, inclusive para a aplicação da pena pelo juízo em caso eventual condenação Provisória da reclamação. (TJ-RJ – COR: 00638044920148190000 RIO DE JANEIRO SAQUAREMA J VIO E ESP ADJ CRIM, Relator: SUIMEI MEIRA CAVALIERI, Data de Julgamento: 13/01/2015, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/01/2015) – sem grifos no original.

20 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p.231



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

entidades privadas, se encontra correlacionada, também, a carga probatória (ou ônus da prova) que incumbe ao órgão, centrado no princípio constitucional da presunção da inocência enquanto regra de julgamento (art.5º, LVII, CF)²¹ que impõe uma leitura constitucionalizada do artigo 156, do CPP.²²

Evidencia-se a possibilidade lógica e normativa de requisição de documentos/informações pelo Ministério Público mesmo depois de recebida a inicial, como verdadeira necessidade, correlata ao sistema processual penal

-
- 21 *Sob três aspectos a presunção de inocência pode ser analisada: 1) como uma garantia política do cidadão, parte “essencial” e estrutural do sistema acusatório que, respeitando a dignidade humana, garante um estado de inocência que somente poderá ser afastado diante de uma prova plena do ilícito e dentro do devido processo legal; 2) como regra de julgamento em caso de dúvida acerca de fato relevante para a sentença, confundindo-se com o in dubio pro reo; e 3) regra de tratamento do acusado durante o processo impedindo que seja tratado como se culpado fosse. STRECK, Lênio Luiz. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. In: revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – nº 3, dez.2015. Curitiba, Paraná, disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf.*
- 22 *Com base na primeira parte do art.156 do CPP, cuja redação não foi alterada pela Lei nº 11.690/08, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Diante dessa regra, discute-se qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. Acerca de tal questionamento, é possível apontarmos a existência de duas correntes: uma primeira (majoritária), que trabalha com uma efetiva distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa no processo penal, e uma segunda, que aponta que, no processo penal, o ônus da prova é exclusivo da acusação. LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. Salvador: Juspodvm, 2016. p.511. No primeiro grupo situam-se autores como PACELLI e FISCHER: (...) não parece correta a conclusão no sentido de que todos os ônus da prova seriam de responsabilidade da acusação. Essa, a acusação, há de provar os fatos por ela alegados. A peça acusatória, como se sabe, deve conter essencialmente a imputação de fatos e de suas possíveis consequências frente ao Direito Penal. Não se presta a veicular a opinião pessoal do membro do Ministério Público e nem a exposição prolongada de teses jurídicas que eventualmente tenham pertinência. Por isso, cabe ao órgão da acusação a prova do quanto por ele alegado. Não se lhe incumbe demonstrar, porém, a inexistência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, como já se sustentou na doutrina nacional. E nem é em razão das conhecidas dificuldades de se querer demonstrar aquilo que não existe. Na verdade, a delimitação do objeto da pretensão penal condenatória tem previsão na legislação processual penal (art.41 e art.156, CPP) e se limita à demonstração do fato imputado, relativamente à autoria e materialidade. Quando a defesa suscitar a incidência de qualquer excludente fática (de fato) da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc.) ou mesmo de culpabilidade, haverá uma ampliação do objeto do processo, atribuída exclusivamente, como regra, a ela (defesa). Não é necessário, por exemplo, que o Ministério Público se disponha a comprovar, em todo e qualquer processo penal, a imputabilidade penal do acusado, ou seja, a ausência de qualquer causa de inimputabilidade. (Op. Cit. p.324). No segundo grupo vale citar trabalho de GOMES FILHO, para quem: diante do princípio 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, pelo menos nos casos de ação penal condenatória. Em um processo penal em que vigora a presunção de inocência, o ônus probatório é atribuído, com exclusividade, ao acusador. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 23/3, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.1994. Não há como deixar de chamar a atenção do leitor para o fato de que a imposição de carga probatória de um fato negativo ao*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

brasileiro. Esta necessidade recebe o *status* de um direito indisponível à prova processual, exercido, no caso, pelo Ministério Público enquanto titular da ação penal pública.

Fixadas essas bases, a questão posta em mesa demanda uma segunda reflexão, no que tange aos diferentes momentos da prova no processo penal brasileiro, a saber: i) seu conhecimento, ou sua obtenção, pelas partes; ii) o requerimento da parte pela sua apresentação, ou produção, no processo; iii) a decisão judicial de (in)deferimento de sua apresentação, ou produção; iv) a apresentação, ou produção, da prova; v) a valoração judicial da prova na sentença de mérito do caso penal.²³

Justifica-se a abordagem do tema na medida em que a práxis e grande parte da doutrina não têm dado a devida atenção aos três primeiros momentos da prova: sua busca pela parte; o requerimento de sua introdução, ou de sua produção, no processo; o subsequente juízo de seu (in)deferimento, balizado no artigo 400, §1º, do Código de Processo Penal brasileiro.

4 O DESVIRTUAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE ANALISA PEDIDOS DE APRESENTAÇÃO, OU DE PRODUÇÃO, DA PROVA NO PROCESSO PENAL: OMISSÃO DAS PARTES E DO JUÍZO QUANTO À OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DO ART. 400, §1º, DO CPP

Conforme atesta a jurisprudência que segue abaixo colacionada há, por vezes, inegável descuido do operador em relação aos momentos da prova no processo penal brasileiro.

No que concerne a atuação das partes, em especial ao

Ministério Público, ou seja, de que cabe ao órgão demonstrar a não existência de algo, aproxima-se do conceito da denominada *prova diabólica*, por vezes, de impossível produção, conforme destacado em LIMA, Paulo Augusto Moreira. *A prova diabólica no processo penal*. In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.129-148.

23 ROSA faz referência somente aos últimos quatro momentos da prova, ignorando o momento de seu conhecimento, ou de sua obtenção, pela parte. ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017 p.720.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Ministério Público, a jurisprudência atesta uma confusão entre um momento antecedente – de requisição, ou descoberta, de um elemento que poderá eventualmente ser introduzido, ou produzido, como prova no bojo do processo penal –, para com uma etapa posterior, de requerimento de sua introdução, ou produção, como prova no processo, este último dirigido ao juízo.

O que deveria ser um pedido, dirigido ao juízo, de requerimento de introdução, ou de produção, da prova no processo, por se tratar de algo pertinente, relevante e não protelatório (art.400, §1º, CPP), é convertido em v.g. “requerimento de requisição judicial do documento X” ou de um “pedido de expedição de ofício ao órgão Y para que encaminhe aos autos o documento X”.

Consequentemente, o equívoco na formulação do pedido na origem tem induzido à produção de decisões judiciais que se omitem na avaliação da pertinência ou relevância da produção daquela prova para aquele caso.

Com efeito, trata-se de uma constatação empírica, que resta demonstrada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisões afirmando que o Poder Judiciário não pode ser instrumentalizado pelo Ministério Público, a fim de que este obtenha informações que lhe seriam normalmente acessíveis no exercício de seu dever/poder requisitório, com assento constitucional (art. 129, incisos VI e VIII) e legal (art. 47, do CPP e art. 26, incisos I, II e IV, da Lei nº 8.625/93):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORREIÇÃO PARCIAL. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA INCAPACIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO Parquet. TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Constituição Federal (art. 129, VI e VIII), confere ao Ministério Público a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar, por conta própria, documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições. 2. No caso em apreço não ficou demonstrado que as diligências requeridas (expedição de ofícios ao CEDEP, à Vara de Execuções Penais e à Justiça Federal, solicitando os antecedentes criminais do denunciado) não pudessem ser realizadas pelo próprio órgão ministerial. 3. "A inversão tumultuária do processo, passível de correção parcial, somente se caracteriza nas hipóteses em que o órgão ministerial demonstra, de pronto, a incapacidade de realização da diligência requerida por meios próprios" (REsp 913.041/RS, Rel.Ministra



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

JANE SILVA - Desembargadora convocada do TJ/MG -, Sexta Turma, DJe 03/11/2008). 4. Agravo regimental não provido.²⁴ (sem destaques no original)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO JUÍZO LOCAL. CAPACIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO Parquet. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HIPÓTESE VERTENTE. 1. **A Constituição Federal preceituou acerca do poder requisitório do Ministério Público para que pudesse exercer, da melhor forma possível, as suas atribuições de dominus litis e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.** 2. Ressalte-se que o referido poder conferido ao Parquet não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, desde que demonstre a incapacidade de sua realização por meios próprios. Precedentes. 3. **Na hipótese vertente, contudo, o Ministério Público requereu ao Juízo que fosse requisitado da autoridade policial o laudo de exame toxicológico das substâncias apreendidas e o relatório do Sistema Disque Denúncia, sem demonstrar existir empecilho ou dificuldade para tanto.** 4. Agravo regimental desprovido.²⁵ (sem destaques no original)

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 1519966-3, DA REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA – FORO CENTRAL DE LONDRINA – 5ª VARA CRIMINAL RELATOR: DES. GAMALIEL SEME SCAFF REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ REQUERIDO: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE LONDRINA CORREIÇÃO PARCIAL – MAGISTRADO QUE DELEGA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DILIGÊNCIA REQUERIDA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE ESTRUTURA PARA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA – NÃO DEMONSTRAÇÃO – COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OBTENÇÃO DAS PROVAS REQUERIDAS – EXEGESE DOS ARTS. 129, CF, ART. 26, I E IV, DA LONMP E ART. 47 CPP – INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO NÃO DEMONSTRADA – DECISÃO MANTIDA. **A prova em questão pode ser obtida diretamente pelo representante do Parquet, sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário para tanto. Não demonstrada a impossibilidade técnica para obtenção da referida prova, a decisão judicial se mostra correta e não implica em inversão tumultuária.** CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA.²⁶ (sem destaques no original)

O indeferimento constatado em grande parte das decisões sobre o tema é fundamentado na ausência de comprovação, pelo Ministério Público,

24 STJ; AgRg no AREsp 979.422/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017.

25 AgRg no REsp 938.257/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011.

26 TJPR – 3ª C.Criminal – CPC – 1519966-3 – Região Metropolitana de Londrina – Foro Central de Londrina - Rel.: Gamaliel Seme Scaff – Unânime - - J. 23.06.2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

da impossibilidade jurídica, técnica ou fática, de requisitar diretamente a informação, ou o documento, e não na impertinência, ou natureza protelatória, da prova em si. Neste sentido, claramente:

*Busca-se, com o poder requisitório, que o órgão ministerial possa exercer, de forma direta, da melhor forma possível as suas atribuições de dominus litis e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, objetivando a celeridade dos procedimentos e, conseqüentemente, a melhor prestação jurisdicional. Ressalte-se, porém, que o referido poder conferido ao Parquet, não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, desde que, contudo, demonstre a incapacidade de sua realização por meios próprios, **seja por falta de aparelhamento ou por outro motivo apresentado**. Na hipótese vertente, não houve, por parte do órgão ministerial, qualquer ato para a realização de tais diligências, bem como a demonstração da existência de empecilho ou dificuldade para tanto. Nesse contexto, evidencia-se que a autoridade judiciária não está obrigada a deferir tais diligências, uma vez que poderiam ter sido requisitadas pelo próprio Ministério Público, sem maiores dificuldades, nos termos da atribuição que lhe é prevista pela própria legislação – sem grifos no original.²⁷ (sem destaques no original)*

O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal (artigo 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, artigo 26, inciso I, alínea "b", e inciso II, da Lei 8.695/1993 e artigos 13, inciso II e 47 do Código de Processo Penal), possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de sua atribuição de dominus litis.

Essa prerrogativa não é obstada quando o inquérito policial é encerrado e remetido ao Judiciário. No caso concreto não havia ação penal em curso e o órgão ministerial ainda pode requisitar as diligências. Saliente-se que o Parquet não fez qualquer menção à impossibilidade de sua realização quando deduziu seu pedido perante o juízo singular. Nem ao menos o argumento de falta de estrutura da Promotoria local foi aventado.

***Há diversos precedentes deste sodalício no sentido de que a inversão tumultuária do processo passível de correção parcial somente se caracteriza nas hipóteses em que o representante do Parquet demonstra, de pronto, a incapacidade de realização da diligência requerida por meios próprios, o que não ocorreu na hipótese concreta.** (sem destaques no original).²⁸(sem destaques no original)*

27 AgRg no REsp 938.257/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011. Além dos casos exemplificados, nas pesquisas realizadas identificou-se, ainda, o pleito de realização, via Poder Judiciário, das seguintes diligências: (a) diligência investigativa dirigida à autoridade policial (TJPR – Correção Parcial 1519966-3); e (b) expedição de ofício à Delegacia de Polícia para que remetesse cópia de boletim de ocorrência (TJPR – Correção Parcial 1175172-5).

28 STJ, REsp 913.041/RS.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

A jurisprudência tem assentado, *a contrario sensu*, que em casos de reserva jurisdicional, ou de comprovação de impossibilidade fática da obtenção da informação pela via da requisição direta, as diligências devam ser realizadas pelo Poder Judiciário:

Com efeito, conforme consignado, para que o órgão ministerial possa exercer, de forma direta, da melhor forma possível as suas atribuições de dominus litis e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, objetivando a celeridade dos procedimentos e, conseqüentemente, a melhor prestação jurisdicional, a Carta Magna conferiu-lhe o poder de requisitar diligências e informações necessárias para o cumprimento de suas atribuições, desde que permitidas constitucionalmente.

Essa prerrogativa, é certo, não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, contudo, desde que haja a demonstração da incapacidade de sua realização por meios próprios, seja por falta de aparelhamento ou por outro motivo apresentado.

Nessa senda, diferentemente do alegado pelo Agravante, a celeridade processual é melhor atingida quando o órgão ministerial, atento às suas prerrogativas, instrua devidamente o feito desde a inicial, sem a necessidade de intervenção judicial em atos que podem ser realizados no regular exercício da função ministerial – sem grifos no original.²⁹ (sem destaques no original)

MANDADO DE SEGURANÇA. DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE DE O PROMOTOR DE JUSTIÇA REQUISITAR A PROVIDÊNCIA DIRETAMENTE AOS ÓRGÃOS COMPETENTES QUE NÃO IMPEDE O REQUERIMENTO AO JUÍZO. PROVIDÊNCIA DE INTERESSE DA JUSTIÇA. SEGURANÇA CONCEDIDA. A possibilidade de o representante do ministério público requisitar diligências diretamente a quem possa ou deva fornecê-las não exclui que assim possa requerer ao juízo, pois as informações acerca da vida pregressa do denunciado não interessam apenas à acusação, mas também à defesa e, inegavelmente, ao próprio poder judiciário, sendo, pois, de interesse público e processual o conhecimento da existência de eventuais antecedentes ou reincidência do acusado. Ademais, a ressalva prevista na legislação processual penal (arts. 709 e 749) evidencia a necessidade de que a certidão de antecedentes criminais seja requisitada por órgão integrante do poder judiciário, dado o caráter sigiloso de determinadas informações. Segurança concedida.³⁰ (sem destaques no original)

29 STJ; AgRg-REsp 1.399.146; Proc. 2013/0296183-9; PR; Quinta Turma; Rel^a Min^a Laurita Vaz; DJE 25/11/2013.

30 TJMS; MS 4006587-09.2013.8.12.0000; Aparecida do Taboado; Seção Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 31/01/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

De todo esse conjunto de decisões exsurtem duas importantes conclusões.

Primeiramente, observa-se o desvirtuamento da função jurisdicional no exercício do juízo de admissibilidade das provas que as partes pretendem introduzir, ou produzir, no processo penal, derivado, não raramente, da falta de um requerimento adequado neste sentido pelas partes.

Em segundo lugar, a jurisprudência adota, majoritariamente, um critério exclusivamente pragmático para distinguir o que deve o Ministério Público requisitar diretamente e o que pode ser submetido à requisição pelo Poder Judiciário, exigindo das partes a comprovação de um obstáculo de ordem fática para a obtenção direta da informação, a fim de justificar a “instrumentalização” do Poder Judiciário.

Quanto ao primeiro ponto, via de regra, o problema detectado poderia ser superado caso a parte, ou no caso, o Ministério Público, exercesse um juízo de valor acerca da relevância e pertinência da prova para o processo, em momento anterior ao requerimento judicial de apresentação, ou de produção, da prova. Para tanto, mostrar-se-á em certas ocasiões imprescindível a requisição prévia dos documentos, informações, etc, pelo órgão ministerial.

Invariavelmente, apenas de posse v.g. de um determinado documento é que poderá o membro do Ministério Público efetuar juízo de valor sobre a sua pertinência e relevância como prova para determinado caso penal, e, na hipótese de concluir positivamente neste sentido, submeter a avaliação ao crivo do Poder Judiciário, nos termos do artigo 400, §1º, do CPP.³¹

31 O dispositivo não se limita às provas da audiência una de instrução e julgamento: “Referido parágrafo, apesar de fazer referência às provas produzidas em audiência, apresenta uma inegável transcendência, balizando também o juízo de admissibilidade sobre as provas que não são realizadas em audiência, uma vez que essas provas, apesar de constituírem exceção aos importantes princípios da imediação e concentração, ostentam o mesmo fundamento lógico consistente na ideia de que somente deve ser deferida a produção de provas que sejam importantes para o processo penal”. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Sobre o juízo de admissão do pedido de provas no processo penal*. In: revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – nº 3, dez.2015. Curitiba, Paraná, p.276, disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Como regra, insiste-se, é importante que o Ministério Público realize essa prévia filtragem, a fim de que, em nome do princípio da celeridade processual, provas impertinentes, desnecessárias ou meramente protelatórias não venham a desacelerar e obstaculizar o andamento regular do processo.

Apesar de sua importância e, por vezes, imprescindibilidade, a requisição e avaliação prévia da prova pelo Ministério Público não é, normativamente, uma condição ao pedido de apresentação, ou produção, da prova, com espeque no art.400, §1º, do CPP. Haverá situações concretas em que a avaliação da pertinência e relevância de uma determinada prova para o caso penal pode ser efetuada pelo juízo mesmo sem sua apresentação física pela parte.

Não obstante, é crucial que o Ministério público valorize o seu dever/poder requisitório, exercendo-o de maneira a avaliar previamente o que será apresentado, ou produzido, como prova nos autos. Ter-se-á, assim, teoricamente, um ganho qualitativo significativo sobre o conjunto probatório, maior celeridade processual e observância do princípio da imparcialidade do órgão ministerial no processo penal, em sua faceta subjetiva.³²

32 Sobre o princípio da imparcialidade, vide a lição de CABRAL: *de acordo com a melhor doutrina, tem duas facetas: a imparcialidade subjetiva (ou pessoal) e a imparcialidade objetiva (ou processual). A imparcialidade subjetiva é aquela que diz respeito ao dever de atuar sem qualquer vinculação aos interesses particulares que estão em jogo no processo. Assim, ao membro do Ministério Público é imposto o dever de imparcialidade subjetiva, de modo que seu agente não deve ele estar particularmente ligado a qualquer uma das partes, sendo imposto aos seus membros o dever jurídico de estar pessoalmente alheio e subjetivamente desvinculado do caso.* Justamente por essa razão, ou seja, pelo dever de imparcialidade subjetiva que é imposto ao agente da Instituição, é que nossos Códigos de Processo Penal e Civil preveem expressamente a aplicação das hipóteses de suspeição e impedimento também aos membros do Ministério Público. Por outro lado, o princípio da imparcialidade objetiva (ou processual) decorre precisamente do papel exercido pelo agente no ambiente funcional, ou seja, a imparcialidade objetiva é extraída da peculiar posição institucional que o agente exerce em um processo ou procedimento. Assim, aquele que investiga, que toma iniciativa de impulso investigativo, que formula requerimentos, que ocupa um dos polos da relação processual não pode ser tido como objetivamente imparcial, uma vez que o próprio exercício de suas funções exige uma determinada tomada de postura, uma determinada vinculação funcional com a persecução institucional de determinados interesses. Daí porque é possível falar que o membro do Ministério Público – assim como ocorre com o delegado de polícia ou agentes policiais – não é objetivamente imparcial, dado que seu dever funcional é o de ativamente buscar a realização de determinados objetivos, como, por exemplo, a persecução criminal ou a realização da tutela coletiva. Justamente nesse sentido é que vem decidindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por exemplo, nos famosos e importantes casos Piersack versus Bélgica (1982) e Cubber versus Bélgica (1984). CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. In: Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/revista-juridica-corregedoria->



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

É sua imparcialidade subjetiva no processo penal que deve nortear a atuação do membro do Ministério Público, de maneira que apresente nos autos provas cuja avaliação venha eventualmente a favorecer a parte adversa.

No entanto, verifica-se pelo conjunto de casos analisados, que uma falta de formulação adequada do pedido de apresentação/produção das provas no processo penal tem gerado sua transmutação em pedido de requisição judicial, desvirtuando o subsequente juízo de admissibilidade, que passou a tratar do dever/poder requisitório do Ministério Público, conforme observado por CABRAL:

É corolário do princípio do contraditório e do devido processo legal (sistema acusatório) que as partes tenham direito a formular pedido de produção de provas, sendo que há um momento adequado para que se faça tais requerimentos (v.g. na prova testemunhal, o momento adequado para arrolar testemunhas pela acusação é na denúncia ou queixa e para o acusado é o da defesa à acusação) e um momento para acolher ou não esse pedido (normalmente no ato que designa a audiência ou logo após o requerimento da prova).

A rigor, há duas formas de requerimento de prova: i) a petição para que se determine a produção de um concreto e determinado meio de prova, como por exemplo, o pedido de prova testemunhal a ser produzida em audiência; e ii) o oferecimento de provas, em que, desde já, se apresenta ao juiz a prova produzida, como é o caso, por exemplo, do pedido de juntada de documentos.

Geralmente, tais requerimentos devem estar amparados em elementos de informação constantes nos autos que permitam ao magistrado fazer um juízo acerca de sua admissibilidade, avaliando se o pedido tem pertinência, relevância e se não é protelatório.

Assim, se o Ministério Público, por exemplo, arrola alguma testemunha que não foi ouvida na investigação pré-processual ou que não foi referida em nenhum dos elementos de informação ali produzidos, deverá explicitar qual é a justificativa para a produção dessa prova.

Da mesma forma, a defesa, quando arrola testemunhas das quais não se tenha informações na fase investigatória, deverá fundamentar essa pertinência, relevância e a natureza não-procrastinatória da prova que pretende produzir.

Tal providência, tanto pela acusação, quanto pela defesa, afigura-se imprescindível para permitir que o juiz faça a decisão de admissibilidade, pois, caso contrário, o pedido de provas se transmudaria em uma verdadeira requisição de provas pelas partes, o que é incompatível com a função de presidência do processo exercida pelo Poder Judiciário.³³

[nacional.pdf](#). Acesso em: 10 de julho de 2017.

33 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Sobre o juízo de admissão do pedido de provas no processo penal*. In: revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – nº 3, dez.2015. Curitiba, Paraná, p.286-287, disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf. Acesso em: 10



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Uma vez realizado o juízo de admissibilidade, espera-se seja corretamente situada a questão atinente ao sujeito que deve requisitá-la para o processo, caso isso não tenha ocorrido anteriormente. Neste ponto, a distinção não deve mais ser pautada exclusivamente por circunstâncias pragmáticas, caminho que tem sido trilhado pela jurisprudência, porém, primeira e principalmente, por referências normativas, em especial a do *princípio da comunhão das provas no processo penal*.

5 O JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA A SER PRODUZIDA/ APRESENTADA (ART.400, §1º, DO CPP) E O PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Qualificado o pedido da parte, com fundamentação e requerimento adequados, a decisão que eventualmente indefira a produção, ou a aceitação, da prova terá por fundamento sua irrelevância, impertinência ou caráter protelatório (art.400, §1º, do CPP).

Como já referido, via de regra, a prova já se encontra na posse do Ministério Público, que a requisitou e efetuou sua análise quanto a pertinência, relevância e caráter não protelatório, balizando-se, também, no princípio da celeridade processual e na sua imparcialidade subjetiva no processo penal.

Eventual discordância do juízo quanto a apresentação, ou produção, da prova, com fundamento no art.400, §1º, do CPP, poderá ser desafiada pela parte via correição parcial (artigos 335 a 337, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná), ou surgir como preliminar ao mérito de um eventual futuro recurso de apelação.

Apesar de consistir numa exceção, por vezes, o Ministério Público pode vir a requerer a apresentação da prova sem sua requisição antecedente, ou antes de sua produção.³⁴

de julho de 2017.

34 Neste caso, exemplo típico é o caso da prova testemunhal.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

O requerimento de apresentação de uma prova a ser ainda trazida aos autos pode ocorrer na prática em casos nos quais a avaliação da sua pertinência, relevância e caráter não protelatório para o processo independa da sua posse física. Em casos assim, o pedido do Ministério Público deve explicitar fundamentadamente tal condição, a fim de permitir ao juízo aferir a presença dos parâmetros do art.400, §1º, do CPP.

Logo, pode haver: i) requisição anterior pelo Ministério Público, quando a avaliação acerca da análise sobre a pertinência da apresentação, ou produção, da prova dependa de uma avaliação prévia; ii) requerimento judicial de apresentação, ou produção da prova, formulado pelo Ministério Público sem antes requisitar a prova, quando o caso concreto autorize ao órgão e ao juízo avaliar os critérios normativos do art.400, §1º, do CPP, ainda que sem a sua presença física.

Nos termos já colocados, a requisição prévia apresenta vantagens, eis que permite qualificar os fundamentos do pedido judicial de apresentação, ou produção da prova, não apenas tomando por base o art.400, §1º, do CPP, mas, também, a celeridade processual e a imparcialidade subjetiva do órgão do Ministério Público no processo penal.

No entanto, **a requisição prévia não pode ser tida como uma condição generalizante apta a indeferir o pedido de apresentação, ou de produção, de uma determinada prova no processo.** Isso poderá sim ocorrer, mas somente em casos nos quais a ausência de requisição prévia torne-se um empecilho a avaliação judicial dos parâmetros delineados pelo art.400, §1º, do CPP.

É que, uma vez superado o juízo de admissibilidade e em sendo ele positivo, a discussão acerca de qual o sujeito processual responsável por diligenciar para que a prova aporte nos autos deve ser pautada pelo *princípio processual da comunhão, ou da aquisição, das provas.*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Cuida-se de um princípio processual cuja origem e conteúdo impõem uma análise interdisciplinar com o processo civil.³⁵ MARINONI e ARENHART o apresentam de forma sintética e objetiva:

*Diante do princípio da aquisição da prova, uma mesma prova, conforme o seu resultado, pode favorecer ao autor ou ao réu, de modo que se a prova, que também interessa ao autor, é requerida pelo réu, o juiz não pode indeferi-la sob o argumento de que o réu não tem o ônus da prova. Aliás, mesmo que a prova tenha sido requerida apenas pelo réu, o juiz somente deve homologar a sua eventual desistência depois de consultada a parte adversa. **Pelo mesmo motivo, depois de deferida a prova, o requerimento de desistência da sua produção, por parte do réu, não deve ser levado em conta pelo juiz antes de ouvida a parte contrária.***³⁶
(sem destaques no original)

Já no campo processual penal, o tema é raramente abordado com profundidade pelos manuais, conforme se observa pelas breves explicações a seu respeito por parte de RANGEL e NUCCI:

*A palavra comunhão vem do latim *communione*, que significa ato ou efeito de comungar, participação comum em crenças, ideias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, **uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante tenha sido levada apenas por um deles.***³⁷ (sem destaques no original)

*(...) princípio da comunhão da prova: significa que a prova, ainda que **produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz.** Realmente, não há titular de uma prova, mas mero proponente. As testemunhas de acusação, por exemplo, não são arroladas pelo promotor unicamente para prejudicar o*

35 Apesar de reconhecer a cautela que se deve ter em abordar institutos do processo civil para compreendê-los no âmbito do processo penal, notadamente ante a indisponibilidade dos interesses em jogo neste último (A respeito, JUNIOR, Aury Lopes. *Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 30 de julho de 2017) é inegável a existência de uma raiz comum a ambas as disciplinas, denominada no Brasil de *teoria geral do processo*. Vide, a respeito do tema: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Não creem na Teoria Geral do Processo, mas que ela existe, existe... As bruxas estão soltas...* In: *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.73-78.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil* [livro eletrônico]: artigos 369 ao 380. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

37 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.470.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

réu; do mesmo modo, as testemunhas de defesa não estão obrigadas a prestar declarações integralmente favoráveis ao acusado. Inserida no processo, a prova tem a finalidade de buscar a verdade real, não mais servindo ao interesse de uma ou de outra parte.³⁸ (sem destaques no original)

Em relação ao princípio da comunhão da prova, a questão que surge como pertinente ao presente estudo é se, mesmo depois de deferida a apresentação da prova, o ônus de promover eventuais diligências que sejam necessárias para que ela venha aos autos é do juízo ou da parte que a requereu? Abordando a mesma questão por ângulo diverso: **o princípio da comunhão da prova impõe ao juízo este ônus, a partir do momento em que considera aquela prova relevante, pertinente e não protelatória (art.400, §1º, CPP) para o processo?**

Avaliando a literalidade das posições doutrinárias acima transcritas percebe-se haver uma singela, porém relevante, distinção entre o processo civil e o processo penal, impactando justamente na resposta à pergunta acima formulada.

MARINONI e ARENHART referem que no processo civil **o deferimento da prova faz dela algo comum a todos os sujeitos processuais**, enquanto que RANGEL identifica a **presença da prova no processo** e NUCCI alude à **produção da prova no processo como os marcos referenciais de incidência do princípio da comunhão da prova**.

Aplicando-se esses entendimentos ao problema ora investigado, poderia se chegar à conclusão de que, no processo penal, enquanto não juntada fisicamente nos autos, ou produzida a prova, o princípio da comunhão da prova não se aplica e, portanto, mesmo admitida, o ônus de diligenciar para que isso ocorra permaneceria com a parte que a requereu.

Embora essa afirmação decorra de uma interpretação da doutrina majoritária do processo penal, que efetivamente faz referência à incidência do princípio da comunhão das provas somente com a sua produção³⁹, verifica-se

38 NUCCI. *Código de Processo Penal Comentado*. 13.ed. 2014. p.33.

39 No âmbito do processo civil parece haver um maior amadurecimento e consolidação doutrinária



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

que o assunto é tratado com superficialidade, impedindo a compreensão de suas bases teóricas no processo penal brasileiro.

Examinar as razões dos posicionamentos de que o princípio da comunhão das provas opera no processo penal apenas a partir de sua introdução ou produção no processo torna-se, então, crucial.

Investigando a origem dessa categórica afirmação doutrinária, constata-se que a conclusão está provavelmente relacionada à redação do artigo

acerca do assunto, notadamente quanto ao momento a partir do qual passa a vigor o princípio da comunhão da prova: *À parte que realizou determinada alegação de fato interessa demonstrar a respectiva veracidade para o juiz, a fim de ver acolhida a pretensão ou a defesa. A parte tem a necessidade de produzir prova em proveito do próprio interesse. Em tal particularidade assenta o ônus subjetivo de provar. Mas, a inclinação natural da parte tem maior relevo psicológico do que jurídico. Importa que seja carregada aos autos prova bastante à formação do convencimento do juiz. Se tal não ocorreu, em nada ajudará à parte onerada a alegação que tudo fez para produzi-la e, inversamente, existindo prova, tampouco importa que a parte a quem porventura favoreça nada haja feito a esse propósito, “devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores”. Dentre os fatores que contribuem à consecução do resultado positivo da atividade probatória, cuja iniciativa compete concorrentemente às partes e ao órgão judiciário, localiza-se a possibilidade de a parte produzir prova contra o próprio interesse. A confissão é exemplo claro de prova contra si mesmo. Podem acontecer, contudo, situações análogas: (a) a juntada de documento que, analisado atentamente, contraria a alegação de fato da parte que produziu; (b) a conclusão do perito ir de encontro à alegação da parte que a requereu; e (c) a testemunha desmentir os fatos alegados por quem a arrolou. Em certa ocasião, o autor de dissolução de união estável, pretendendo provar o esforço comum, arrolou como sua primeira testemunha a própria mãe; inquirida pelo juiz se o filho havia contribuído na compra dos imóveis do casal, a boa senhora afirmou-o insuspeito de trabalhar em qualquer momento da sua longa vida. Chama-se de princípio da aquisição, porque o processo adquire a prova, independentemente da iniciativa que lhe originou, também designado de princípio da comunhão. Essa última terminologia soa mais apropriada: o resultado da atividade probatória é comum aos sujeitos processuais. O juiz analisará o conjunto da prova por seu valor intrínseco, e, não, em virtude da sua origem. A cláusula intermediária do art. 371 – “(...) independentemente do sujeito que a tiver promovido (...)” – consagrou, expressis verbis, o princípio da aquisição. A prova produzida é do processo, e, não, das partes ou do juízo. O princípio da comunhão expõe a impropriedade da noção de ônus subjetivo da prova: em lugar de ser vítima da inércia ou deficiência da sua atuação, eventualmente a parte onerada beneficiar-se-á com a atividade probatória da parte contrária e do juiz. O princípio da comunhão localiza-se, como assinalado, no art. 371. O juiz julgará consoante tudo o que contém os autos: por um lado, não importa a origem da prova, e, por outro, o que se encontra fora do processo – principalmente o conhecimento privado – não pode servir de motivo para a decisão (quod non est in actis non est in mundo). Do princípio da comunhão decorrem as seguintes providências: (a) as alegações desfavoráveis feitas por uma das partes, inadvertidamente ou não, desfavorecem a quem as fez, mas não suprem a inadmissibilidade da demanda; (c) o juiz analisará o acervo probatório globalmente e, existindo prova, “ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento”; (c) **não é possível à parte renunciar a prova deferida pelo juiz, ou desfazer a atividade probatória desfavorável (v.g., desentranhando o documento antes juntado); retratar a confissão, exceto nos casos de erro e coação, e, assim mesmo, através de ação autônoma**. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, volume II [livro eletrônico]: parte geral: institutos fundamentais. No processo penal, a referência dos manuais parece ser efetivamente a produção, ou coleta da prova, carecendo a afirmação, infelizmente, de uma fundamentação adequada: *Princípio da comunhão dos meios de**



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

401, §2º, do CPP, segundo o qual: *a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art.209 deste Código.*

A partir desta regra, que autoriza à parte desistir da oitiva da testemunha por ela arrolada em momento anterior à sua oitiva, portanto, a princípio, sem a anuência da parte adversa, conclui a doutrina que o princípio da comunhão das provas se aplica somente depois de sua produção no processo penal brasileiro.

Por todos, a posição de LIMA ao comentar o princípio a partir do art.401, §2º, do CPP:

*Princípio da comunhão da prova. Uma vez produzida, a prova é comum, não pertencendo a nenhuma das partes que a introduziu no processo. Da mesma forma que a prova não pertence exclusivamente ao juiz, ela não é invocável somente pela parte que a produziu. Pode ser utilizada por qualquer das partes. **Perceba-se que só há falar em comunhão da prova após a sua produção. Em outras palavras, enquanto a prova não foi produzida, a parte pode desistir de sua produção. Portanto, durante o curso de uma audiência, caso a parte não tenha interesse em ouvir testemunha por ela arrolada, que ainda não foi ouvida, poderá livremente desistir de sua oitiva, independentemente da concordância da parte contrária.** Nesse sentido, dispõe o art. 401, § 2º, do CPP, que a parte poderá desistir da inquirição de qualquer testemunha arrolada, ressalvada a possibilidade de o juiz, valendo-se de seus poderes instrutórios, querer ouvi-la como testemunha do júízo.⁴⁰*

*prova (ou da aquisição da prova) — estabelece que, **uma vez produzida**, a prova pode socorrer qualquer das partes, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou introduziu no processo. REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 3.ed. 2014. p. 217; *Princípio da aquisição ou comunhão da prova: isto é, no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; **as provas produzidas** servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19.ed. 2012. p. 400; *Tem-se aqui a ideia de que a prova não pertence com exclusividade a uma só das partes. Em verdade, a **prova colhida** serve ao processo e, portanto, serve tanto à acusação, à defesa e ao juiz. Neste ponto, afirma Hélio Tornaghi: "Se, como foi demonstrado, a prova não pertence exclusivamente ao juiz, por outro lado ela não é invocável só por aquele que a **produziu**. Ao contrário: uma vez levada ao processo, ela pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos desse: juiz ou partes. É o princípio da comunhão da prova (*Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel*, dos autores alemães). DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 191.***

40 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

A hipótese aventada a partir deste posicionamento doutrinário, de que a construção do princípio parece se dar a partir da regra do art.401, §2º, do CPP, resta corroborada também pela jurisprudência:

*(...) Impugnação à desistência da ouvida da vítima em juízo pela acusação. Princípio da comunhão das provas que se aplica às provas inseridas no processo. Faculdade da parte de desistir da testemunha arrolada. Inteligência do art. 401 do CPP. Desprovimento. (...) 5. **O princípio da comunhão das provas refere que as provas produzidas por iniciativa de uma das partes pertencem ao processo e podem ser usadas por qualquer das partes litigantes. No entanto, este corolário agrega as provas após inseridas nos autos. Até a sua produção, a parte que postulou a inquirição de testemunha tem a prerrogativa dela desistir, em contrapartida, a parte contrária não pode impugnar a desistência, posto que não postulou pela ouvida no momento adequado, o que se torna atingido pela prescrição.** 6. A teoria do domínio do fato determina que aquele que age em colaboração recíproca e voluntária com os demais agentes, é coautor do delito, portanto, pratica o mesmo núcleo do tipo penal.⁴¹*

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO COM DOLO EVENTUAL EM CONCURSO FORMAL PRÓPRIO (CP, ART. 121, CAPUT II C/C ART. 18, I E ART. 70) - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE DESISTÊNCIA DA TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO SEM OITIVA DA DEFESA - ALEGADA OFENSA AO CONTRADITÓRIO - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS - POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA, INDEPENDENTE DA CONCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, QUANDO A PROVA NÃO CHEGOU A SER PRODUZIDA (CPP, ART. 401, § 2º).(...) I - Em matéria processual penal, um dos princípios norteadores relativos à prova penal é o da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez produzida, ela é comum, não pertencendo a nenhuma das partes que a introduziu no processo. Destarte, não há falar-se em nulidade por cerceamento de defesa em razão da homologação do pedido de desistência da testemunha de acusação sem ser oportunizado o contraditório, haja vista que, **enquanto a prova não for produzida, a parte pode desistir de sua realização** (CPP, art. 401, § 2º).⁴²

Data vênua, pelas razões abaixo explicadas, a afirmação de que o princípio da comunhão das provas no processo penal se aplica somente depois de sua produção, ou apresentação, no processo, não é a posição mais condizente com a lógica e com relevantes fundamentos processuais.

41 TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1293526-3 - Curitiba - Rel.: Rogério Etzel - Unânime - J. 04.02.2016.

42 TJSC - 2ª C. Criminal - APR 20130668943 SC 2013.066894-3 - Rel.: Salete Silva Sommariva - J. 17.03.2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Do ponto de vista lógico, a regra do art.402, §1º, do CPP parece constituir exceção ao princípio da comunhão da prova, justificável diante das particularidades da prova testemunhal no processo penal. Explica-se. Embora na práxis sejam raros os casos de juízo de admissibilidade da prova testemunhal⁴³, este ocorre no momento em que o juízo recebe o rol de testemunhas apresentado das partes no momento procedimental adequado para tanto.

Deferida, a prova testemunhal será produzida apenas posteriormente, na audiência una de instrução e julgamento. Ou seja, diferentemente de os demais meios de prova, cuida-se de espécie que ganha vida única e exclusivamente na audiência una de instrução e julgamento, sendo construída pelas partes em conjunto com o juízo no bojo do processo.⁴⁴

Por outro viés, os demais meios de provas, v.g. um documento ou uma perícia, existem fora do processo, de modo que não é sequer apropriado dizer que são produzidas neste, mas apenas nele introduzidas por iniciativa das partes, ou do juízo, a partir de sua relevância, pertinência e natureza não protelatória.

Portanto, a prova testemunhal é o único meio típico de prova do processo penal brasileiro em que há uma nítida separação temporal entre o juízo de deferimento e o momento de sua produção. Por outro lado, os demais meios de prova são introduzidos no processo contemporaneamente, ou posteriormente, ao momento em que são admitidos, mas sempre depois de sua produção.

À exceção da prova testemunhal, os demais meios típicos de prova do processo penal são todos produzidos externamente ao processo e sempre antes de sua admissão e apresentação. Portanto, não faria sentido que a parte não pudesse mais desistir de uma prova já produzida, antes mesmo de requerer sua

43 CABRAL destaca que prevalece no Brasil uma cultura jurisdicional de não efetuar avaliação alguma dos parâmetros do artigo 400, §1º, do CPP em relação à prova testemunhal. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Sobre o juízo de admissão do pedido de provas no processo penal*. In: revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2 – nº 3, dez.2015. Curitiba, Paraná, p.276, disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2017.

44 RANGEL, Paulo. Op. Cit. p.470.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

apresentação no processo. Uma interpretação possível seria a de que, para fins processuais, o momento de produção da prova se confunde com o de sua admissão.

Neste caso, uma vez admitida, a parte não poderia mais dela desistir sem a aquiescência dos demais sujeitos processuais, já que a prova passa a pertencer ao processo, desvinculando-se subjetivamente da parte que a propôs.

Esse entendimento parece ser o melhor também do ponto de vista normativo, ao considerar o processo como um instrumento político de pacificação social do Estado, de natureza pública, que não pode ficar refém dos caprichos das partes, cujos interesses nem sempre são convergentes com os do Estado.

Neste sentido, a lição sedimentada de GRINOVER:

(...) À raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social.

O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste.⁴⁵

Por essas razões, a partir de um juízo positivo de admissibilidade da prova, esta passa da esfera da parte à esfera do processo, cabendo ao juiz, a princípio, assumir o protagonismo em relação à sua introdução, ou sua produção processual.⁴⁶ A prova deferida passa a ser considerada por todos os

45 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília: Gazeta jurídica, 2016. p.4.

46 Tal conclusão não importa em indevida iniciativa probatória do órgão jurisdicional e quebra de sua imparcialidade, conforme observado por TARUFFO: *Analisando os principais ordenamentos jurídicos da Europa, esboçados acima, apresentam-se, a título de conclusão, algumas considerações sumárias relativamente às críticas normalmente colocadas quanto à iniciativa instrutória autônoma do órgão judicial. Trata-se de uma análise baseada em argumentos um tanto difundidos, que importam, basicamente, na premissa de que o exercício deste poder pelo magistrado importa, necessariamente, em perda de sua imparcialidade, pois haveria sempre, ao final, favorecimento de uma das partes, bem como, comprometimento da independência para*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

sujeitos processuais como parte integrante do processo, contando ambas as partes com sua existência e avaliação judicial ao final, na sentença de mérito.

Admitida a prova, ainda que não introduzida fisicamente nos autos, as partes passam a reputá-la como parte integrante do acervo probatório e suas ações no transcorrer do processo serão norteadas neste contexto, ou seja, considerando a prova já admitida. Essa importante relação do princípio da comunhão da prova para com os fundamentos reitores do próprio processo já foi capturada pela doutrina processualista civil:

(...) uma vez deferida uma prova, tendo ela sido requerida por uma das partes, ou determinada de ofício pelo juiz, não seria mais admissível,

com o julgamento de mérito, havendo um desequilíbrio no momento da avaliação da prova que foi produzida por iniciativa do magistrado. A propósito, pode-se antes de tudo observar – além da duvidosa confiabilidade em noções psicológicas um tanto superficiais – que a validade desses argumentos importaria na conclusão inexorável de que em toda a Europa o legislador processual, cada um a seu modo, foi acometido por uma onda de loucura, levando-o a conceder ao juiz um papel ativo na aquisição da prova sem se dar conta de que, assim agindo, estariam sendo violados valores fundamentais como a imparcialidade e a independência para o julgamento. Não havendo, entretanto, prova crível desta loucura coletiva, devemos concluir que as experiências comparadas demonstram a falta de fundamentos do temor de que o juiz, exercitando um papel ativo no processo, torna-se parcial e incapaz de avaliar adequadamente o material probatório adquirido a partir de sua própria iniciativa. Pode-se observar que, em verdade, o juiz também adota uma posição em favor de uma das partes e contra a outra em todos os momentos do processo, ao decidir alguma questão referente ao procedimento, como uma questão preliminar ou prejudicial, sem que isso seja tido como algo que comprometa a sua imparcialidade. Ora, isso ocorre porque não há um juiz “tabula rasa” e absolutamente passivo (...). Tradução livre do autor, no original, em italiano: L'analisi dei principali ordinamenti europei, che si è abbozzata più sopra, suggerisce di svolgere, a titolo di conclusione, qualche sintetica considerazione relativa all'argomento che viene solitamente usato per contrastare o criticare l'attribuzione al giudice di autonomi poteri di iniziativa istruttoria. Questo argomento è piuttosto diffuso, e dice sostanzialmente che nel momento in cui il giudice esercita questi poteri perde la propria imparzialità, perché finisce col favorire l'una o l'altra parte, e perde anche la propria indipendenza di giudizio, perché finisce col valutare in modo squilibrato le prove di cui egli stesso ha disposto l'assunzione. In proposito si può anzitutto osservare – a parte la dubbia attendibilità delle ingenue nozioni psicologiche su cui questo argomento si fonda – che se esso fosse valido dovremmo concludere che tutti i legislatori processuali europei – ognuno a suo modo – sono stati travolti da un vento di follia che li ha indotti ad attribuire al giudice un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove, senza rendersi conto che in tal modo avrebbero messo a rischio il valore fondamentale dell'imparzialità e dell'indipendenza di giudizio dello stesso giudice. Poiché – tuttavia – non vi sono prove credibili di questa follia collettiva, dovremmo concludere che l'esperienza comparatistica mostra l'infondatezza del timore che il giudice, esercitando un ruolo attivo, diventi per ciò stesso parziale ed incapace di valutare correttamente il materiale probatorio che è stato acquisito al giudizio anche sulla base della sua iniziativa. Si può poi osservare che in realtà il giudice “prende posizione” a favore di una parte e contro l'altra in ogni momento del processo, ossia tutte le volte che provvede o decide qualcosa in ordine al procedimento, o risolve questioni preliminari o pregiudiziali, ma nessuno pensa che per questa ragione, e ad ogni momento, egli perda la sua imparzialità. Poiché il giudice tabula rasa e assolutamente passivo non esiste (...). TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. Revista de Processo, vol.133/2006, p.266, mar/2006.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

sem o ingresso do recurso cabível pela parte interessada, a retratação por parte do juiz. Em nossa visão se verificaria no caso a preclusão judicial, comumente e de forma errônea tratada como preclusão pro iudicato, o que simplesmente impediria que o juiz voltasse atrás em sua decisão anteriormente proferida.

A justificativa é que, embora o juiz possa – na verdade deva – indeferir as provas inúteis e desnecessárias, uma vez deferida a produção de algum meio de prova cria-se um direito adquirido à prova, não sendo mais possível o juiz voltar atrás em seu entendimento anterior para indeferir a prova, ainda que passe, nesse segundo momento, a acreditar em sua inutilidade ou desnecessidade.

Em nosso sentir, prova deferida é prova a ser produzida, ainda que a percepção do juiz sobre ela se modifique no tempo.

(...)

Sendo a prova do processo, e não da parte que a requereu, a partir do momento em que a mesma é deferida pelo juiz, ela perde completamente a sua identidade subjetiva, passando desde já a pertencer ao processo. Não há de fato qualquer razão – acadêmica ou lógica – que reserve tal constatação somente a prova já produzida, bastando para tanto lembrar que a fase de produção da prova é apenas uma entre aquelas que compõe o procedimento probatório. E é justamente o princípio da comunhão das provas, responsável pela perda da identidade pelo seu surgimento no processo, que nos autoriza tal conclusão. Nesse tocante, inclusive, cabe recordar as lições de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a propositura da prova já faz parte de sua produção.

Tomando por base as lições do processualista das Arcadas, fica ainda mais irrefutável a ideia de que a prova, embora não tenha sido pedida por uma das partes, passa a também lhe pertencer após seu deferimento, não se podendo admitir a não realização da mesma a não ser mediante sua concordância. Pelo princípio da comunhão das provas a prova é do processo, e o processo, segundo conceituação mais moderna, é o procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório. A relação processual é formada pelos sujeitos processuais – todos eles – que exercem no processo ônus, faculdades, deveres, direitos e sujeições.⁴⁷

Embora a lição acima transcrita tenha sido lançada levando em conta princípios e regras do processo civil, não há motivação jurídica para compreender o princípio da comunhão das provas de maneira diversa no processo penal, notadamente considerando a indisponibilidade dos interesses em jogo neste último. Enfim, exercido juízo positivo de admissibilidade de uma determinada prova, esta somente será excluída, não trazida ou não produzida nos autos caso todos os sujeitos processuais (partes e juízo) concordem.

47 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Princípio da comunhão das provas*. Disponível em: <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151758060.comunhaodasprovas.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Ganha sustentação, então, o argumento de que a regra do art.401, §2º, do CPP em relação à prova testemunhal é uma exceção ao princípio da comunhão das provas no processo penal, havendo verdadeira inversão por parte da doutrina ao construir o princípio a partir dela, interpretando-a de modo descolado em relação ao sistema e princípios orientadores do processo penal.

RANGEL é um dos poucos a expressamente apontar que o dispositivo se trata de uma exceção, ao comentar o princípio da comunhão das provas:

Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles. Contudo, a Lei nº 11.719/2008 excepciona a prova testemunhal: se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha, se quiser (art.401, §2º, do CPP).⁴⁸

Há, inclusive, parte da doutrina processual penal que entende ser referida exceção incompatível com o princípio da comunhão das provas, reforçando a decisão de admissibilidade de introdução, ou de produção, da prova no processo como o momento de incidência da norma principiológica.⁴⁹

48 RANGEL, Op. Cit. p.470.

49 Inadmitindo que uma das partes possa desistir da prova testemunhal sem que haja anuência da parte adversa BADARÓ e AVENA: **O ônus da prova não é um ônus absoluto. Há duas atenuações importantes do ônus probandi, que fazem com que o não se desincumbir de tal encargo não gere, como consequência inexorável, o julgamento desfavorável: (1) os poderes instrutórios do juiz; (2) a regra da comunhão das provas.** Em um sistema em que somente as partes pudessem produzir provas, sendo o juiz absolutamente inerte, o não se desincumbir do encargo de provar necessariamente acarretaria a derrota processual. Todavia, nos sistemas em que o juiz possui poderes instrutórios, ainda que de forma subsidiária, o ônus da prova sofre uma atenuação. Como facilmente se percebe, mesmo que a parte não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque o juiz acabou determinando a produção de uma prova que demonstrou um fato favorável à parte que se omitiu em prová-lo. Por exemplo, mesmo que o Ministério Público não tenha produzido prova suficiente da autoria, é possível que o juiz determine a produção de uma prova de ofício, que demonstre que o acusado cometeu o crime. Por outro lado, há a regra da comunhão ou aquisição da prova: uma vez produzida a prova, o juiz poderá valorá-la, independentemente da parte que a produziu. Assim, a prova produzida por uma parte poderá ser valorada em favor da outra parte. Diante de tal regra, ainda que uma das partes não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque a outra parte acabou produzindo uma prova contrária ao seu próprio interesse e favorável à parte que se omitiu em prová-lo. (...) **As partes poderão desistir da oitiva das testemunhas por elas arroladas (CPP, art. 401, § 2.º). Prevalece o entendimento que se trata de um direito da parte que arrolou a**



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

A implicação prática deste entendimento em relação ao tema ora tratado é significativa. Tome-se como exemplo caso em que o Ministério Público requer v.g. a apresentação de um documento como prova pertinente a instrução de um determinado caso concreto, fazendo-o, entretanto, sem obtê-lo previamente, mediante requisição, eis que é possível avaliar sua pertinência, relevância e natureza protelatória de antemão.

Por implicação do *princípio da comunhão das provas*, uma vez deferida a apresentação do documento, não pode o juízo determinar ao Ministério Público que o apresente, sob o argumento de que o órgão possui dever/poder requisitório. Em tais casos, a requisição deve se dar diretamente pelo Poder Judiciário, haja vista se tratar de uma prova já admitida ao processo e a ele pertencente.⁵⁰

testemunha, não podendo ser objeto de impugnação da parte contrária, nem de indeferimento do juiz. Todavia, diante da regra da comunhão da prova, se a oitiva de tal testemunha já foi deferida, a desistência pela parte que a arrolou deverá contar com a anuência da parte contrária, sob pena de causar-lhe surpresa. Se a parte contrária não concordar, a testemunha deverá ser ouvida. De qualquer forma, o juiz também poderá determinar sua oitiva como testemunha do juízo, nos termos do art. 209 do CPP, como expressamente prevê a parte final do § 2.º do art. 401. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *Princípio da comunhão: Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que não se pode, em tese, admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro, pouco importando se quem a arrolou foi a acusação ou a defesa. Dizemos “em tese” porque, na disciplina conferida ao procedimento comum ordinário pela Lei 11.719/2008, dispôs o art. 401, § 2.º, que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte ex adversa. Apesar desta normatização, cremos que, em função do princípio da comunhão da prova, a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la. Considere-se, por exemplo, que a defesa não tenha arrolado determinada testemunha pelo fato de esta já se encontrar no rol das testemunhas de acusação. Nesse caso, a desistência incondicional da testemunha pelo promotor implicaria prejuízo ao acusado. AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquemático*. 6.ed. 2014. p.441.*

50 Esse arcabouço teórico pode ser sustentado pelo Ministério Público, a fim de evitar indevida transferência do ônus de requisição e apresentação da prova à parte pelo Poder Judiciário. Vide decisão, no nosso sentir equivocada, do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em caso no qual o Ministério Público peticionou ao juízo pela produção de determinados elementos de convicção, o que restou deferido para, num segundo momento, deixar de determinar a realização da diligência por entender que tal providência caberia ao próprio Ministério Público. O TJ/PR manteve hígida a decisão judicial, por entender que: [...] *deve-se observar que o MM. Julgador a quo não indeferiu as provas requeridas pelo Ministério Público, mas apenas destacou que a mesma deve ser realizada pelo próprio Ministério Público, pois prescinde de ordem judicial (daí a alegação de error in procedendo). [...] Não se nega que tais provas pretendidas pela acusação possam influenciar no convencimento do julgador e no resultado da ação penal, todavia, as*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Por outro lado, em razão da exceção ao *princípio da comunhão das provas* no que diz respeito à produção da prova testemunhal, torna-se teoricamente sustentável *v.g.* a possibilidade de o juízo determinar ao Ministério Público que encete diretamente diligências (valendo-se ou não de seu dever/poder requisitório) visando à localização da testemunha não encontrada para intimação no endereço indicado na denúncia.

E, no caso, a imposição do ônus ao Ministério Público ocorre mesmo depois de deferida a produção da prova testemunhal, o que se dá, ou deveria se dar, ao menos em teoria, no momento do recebimento da denúncia.

Assim, há que se distinguir quanto à aplicabilidade do *princípio da comunhão da prova*, depois de efetuada avaliação judicial sobre sua apresentação, ou produção no processo:

(i) em se tratando de prova documental, pericial, etc, eventual decisão que indefira o pleito sob o exclusivo fundamento de que o Ministério Público possui meios próprios para a realização da diligência incorrerá em omissão quanto aos parâmetros de admissibilidade traçados pelo artigo 400, §1º, do CPP, desafiando, *a priori*, embargos declaratórios (artigo 382, do CPP) e, na sequência, caso não suprida a lacuna, eventual correção parcial (artigos 335 a 337, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná);⁵¹

diligências necessárias para a juntada de tais provas aos autos deve ser realizada pelo próprio Ministério Público, embora se possa requerer quando da apresentação da denúncia.

51 CORREIÇÃO PARCIAL. DILIGÊNCIAS. Embora a CF tenha garantido ao MP o poder de requisitar diligências, não lhe foi retirada a possibilidade de requerê-las em juízo, sendo que o indeferimento judicial, em razão dessa prerrogativa constitucional, constitui-se em cerceamento de acusação e tumulto processual, corrigível pela via eleita. Correção deferida". (TJRS; CP 70032096349; Rio Grande; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo; Julg. 08/10/2009; DJERS 18/11/2009; Pág. 166). "[...] Não obstante os argumentos da autoridade corrigenda, como bem ressaltou a douta Promotora de Justiça no parecer retro, embora o Ministério Público possua faculdade de requisitar, de ofício, diligências para a formação da *opinio delicti*, no caso o procedimento já restou judicializado, através da distribuição do Termo Circunstanciado, de modo que a produção de prova deve ser aferida e autorizada pela autoridade responsável pelo procedimento, qual seja, o juiz da causa. Deste modo, tratando-se de diligência que o titular do direito público de ação entende imprescindível antes do oferecimento da denúncia, sua denegação constitui equívoco capaz de tumultuar a propositura da ação penal, sendo cabível a correção para restabelecer a ordem processual. Ora, a decisão que indeferiu o requerimento formulado pelo Ministério Público tumultua o andamento do feito, cerceia a atividade do titular da ação penal e embaraça a busca da verdade real, impossibilitando a análise dos requisitos legais para possível formação do entendimento sobre a ocorrência, em tese, do delito. Ademais, tal informação não é de interesse exclusivo do Ministério Público, mas de todos que fazem parte da relação processual, portanto, partes (autor do fato e vítima), Juiz e Ministério Público. Logo,



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

(ii) em se tratando de prova testemunhal, é perfeitamente possível que o juízo indefira eventuais diligências, v.g. para localizar endereço de testemunhas, já que o ônus para tanto é, antes de sua produção, exclusivamente da parte.⁵²

Não se amolda às hipóteses determinadas situações que limitam as ações das partes, impondo sempre atuação do juízo em casos nos quais as informações desejadas que sejam trazidas como prova, ou sirvam para a sua produção, estejam sujeitas à reserva jurisdicional.

Sobre o tema, NUCCI aponta que:

Poder de requisição do Ministério Público: quando legalmente possível, cabe ao representante do Ministério Público exigir a apresentação de documentos ou a realização de diligências complementares para auxiliar na formação da sua convicção. Essa possibilidade, segundo entendemos, deveria ser utilizada com maior frequência pelo promotor, que, ao invés de tudo requerer através do juiz, poderia requisitar diretamente a quem de direito. Assim, precisando inquirir alguma pessoa que ficou fora da investigação policial, pode requisitar ao delegado em autos suplementares, que serão formados. Necessitando de um documento, oficia diretamente à repartição encarregada de fornecê-lo. Poupa-se tempo e a ação penal está em pleno curso, sem necessidade de tudo ser realizado através do juízo. Entretanto, há situações para as quais o Ministério Público não está, constitucionalmente, autorizado a agir, como, por exemplo, nos casos em que somente o juiz pode requisitar determinado documento, porque resguardado pelo sigilo fiscal ou bancário. Nessa situação, somente pode fazê-lo por intermédio do magistrado, a quem deve requerer – e não requisitar – a obtenção da prova almejada.⁵³ (sem destaques no original)

motivo não há para o indeferimento do requerimento, que se acolhido pelo juízo traria a toda sorte economia e celeridade processual". (Petição nº 0001697-45.2016.8.16.9000 – TJPR).

52 Atualmente, o Ministério Público do Estado do Paraná conta com dois espaços diferentes de acesso a bancos de dados de órgãos externos: (i) o Sistema de Consultas (SisCon), desenvolvido e gerenciado pelo Núcleo de Inteligência (NI) do Ministério Público do Estado do Paraná, para pesquisa a sistemas cujas chaves de acesso são fornecidas em número limitado pelo órgão externo que administra o banco de dados. Nestes casos, ante a impossibilidade de acesso ilimitado pelos usuários, o NI executa as buscas mediante solicitação, encaminhando-as ao solicitante interessado via e-mail. Por esta via, são consultadas as bases de dados do IRPEN, CENSEC, SIARCO/JUCEPAR, COPEL e RFB; (ii) o acesso direto a sistemas conveniados, mediante cadastro prévio do membro ou servidor do Ministério Público do Estado do Paraná, mediado pelo Núcleo de Inteligência (NI), que detém as chaves de acesso disponibilizadas pelo órgão que administra o sistema. Nesse caso, é necessário o envio da solicitação de acesso para o seguinte endereço de e-mail: ni.cadastro@mppr.mp.br.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Em idêntico sentido, a lição de LIMA:

*Com os autos do inquérito policial em mãos, o órgão do Ministério Público pode concluir que se fazem necessários maiores esclarecimentos acerca da autoria e/ou materialidade. Nesse caso, valendo-se de seu poder de requisição (CF, art. 129, VIII), ao invés de tudo requerer através do juiz, deve o Parquet requisitar essas diligências complementares diretamente à autoridade policial e/ou administrativa, mas desde que não haja necessidade de prévia autorização judicial. A título de exemplo, se o órgão ministerial entender que há necessidade de oitiva de determinada pessoa, a colheita do seu depoimento deve ser requisitada diretamente ao Delegado de Polícia. Ao juiz deve ser solicitada tão somente remessa do inquérito à Polícia, e isso apenas nos juízos onde não ocorra a tramitação direta dos autos entre a Polícia e o Ministério Público. **À evidência, nem todos os documentos podem ser requisitados diretamente pelo órgão ministerial. Nesses casos, quando se fizer necessária prévia autorização judicial, o Ministério Público deverá fazer sua requisição por intermédio do juiz. É o que ocorre, a título de exemplo, com a quebra do sigilo bancário ou financeiro.**⁵⁴ (sem destaques no original)*

De fato, determinadas matérias consideradas vitais à manutenção das chamadas *liberdades públicas* são de limitação reservada a apreciação do Poder Judiciário, v.g. a busca domiciliar (artigo 5º, XI, CF), a interceptação telefônica (artigo 5º, XII, CF), a decretação de prisões (artigo 5º, LXI, CF).

Em casos tais, por força do que dispõe a Constituição Federal, exclui-se a possibilidade do exercício da decisão mitigadora de determinados interesses individuais por quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado, reservando a função com exclusividade ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

(...) A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisor. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal, sobretudo para dar base à ação penal.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Recurso em habeas corpus provido em parte. Ordem concedida apenas para reconhecer a ilicitude de toda prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e determinar seja ela desentranhada da ação penal.⁵⁵

Adotando a mesma linha de raciocínio, o E. Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de o Ministério Público investigar diretamente infrações penais, fixando como um dos parâmetros a serem observados no exercício da atividade a observância à reserva constitucional de jurisdição.⁵⁶

*4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: **“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.** Maioria. (sem destaques no original)*

Impera destacar, ainda, que a atuação judicial na busca de provas constitui exercício de controle das atividades da polícia e do Ministério Público. É, portanto, um mecanismo assecuratório do investigado, quiçá da própria sociedade. A reserva de jurisdição, por conseguinte, constitui irrefutável garantia contra eventuais abusos, na medida em que as decisões judiciais representam o resultado de uma ponderação de valores normativamente assegurados.

Em casos tais, logicamente, ainda que perante situação que diga respeito a prova testemunhal, que, como visto, excepciona o princípio da comunhão das provas até o momento de sua produção, a reserva jurisdicional impõe

⁵⁵ STJ, 6ª Turma, RHC 41.532/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 11/02/2014, DJe 28/02/2014.

⁵⁶ STF, RE 593727 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 27/08/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-07 PP-01929.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

ao Poder Judiciário a apreciação de eventuais diligências requeridas pelo Ministério Público, cabendo ao juízo, na hipótese de deferimento, a sua requisição.

6 CONCLUSÕES

Ante o exposto, é possível afirmar, à guisa e conclusão, que:

A) O dever/poder requisitório do Ministério Público é instrumento imprescindível ao exercício de suas atribuições institucionais, inclusive daquelas relacionadas as investigações preliminares no processo penal, na condição de titular exclusivo da ação penal pública (Art. 129, I, CF/88);

B) O dever/poder requisitório do Ministério Público na esfera criminal estende-se para além da primeira fase da persecução penal, ou seja, em razão **(i)** das finalidades da investigação criminal; **(ii)** do *standard of proof* atinente à justa causa; **(iii)** da limitação qualitativa das provas juridicamente passíveis de serem valoradas na sentença de mérito do caso penal; **(iv)** da carga probatória que recai sobre o Ministério Público no processo penal brasileiro, o órgão ministerial tem o dever/poder de requisitar informações, documentos, perícias, etc., de órgãos da administração pública ou de entidades privadas, mesmo depois de instaurada a ação penal, com o objetivo de apresentar, ou produzir, provas no bojo do processo;

C) Exercitado o dever/poder de requisitar documentos, informações, perícias, etc., deve o Ministério Público: **(i)** avaliar sua pertinência, relevância e caráter não protelatório para o caso penal, nos moldes do art. 400, § 1º, do CPP, orientando-se, ainda, pelo princípio da celeridade processual e da imparcialidade subjetiva do órgão no processo penal; **(ii)** concluindo positivamente, efetuar requerimento fundamentado ao Juízo neste sentido, a quem competirá avaliar se a prova é pertinente, relevante e não protelatória, observando para tanto os parâmetros do art. 400, § 1º, do CPP;

D) O princípio da comunhão das provas no processo penal incide no momento em que o Poder Judiciário defere sua apresentação ou produção a pedido das partes.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

*CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS*

Logo, uma vez deferida, será do Poder Judiciário o ônus de requisitá-la e trazê-la aos autos quando necessário;

E) O dever/poder do Ministério Público não constitui condição, tampouco requisito legal à apresentação ou produção da prova no processo penal. Em casos nos quais seja possível ao Ministério Público avaliar a pertinência, relevância e caráter não protelatório da prova, ainda que sem requisitá-la com antecedência, não se mostra normativamente adequada ao processo penal brasileiro que a decisão judicial transfigure o requerimento de introdução ou produção da prova, indeferindo-o com espeque no dever/poder requisitório do Ministério Público. Cabe ao Juízo, neste momento, limitar-se a avaliar o (in)deferimento da prova com base nos parâmetros do art. 400, § 1º, do CPP;

F) Eventual transfiguração da decisão que avalia a pertinência, relevância e caráter não protelatório da prova no processo penal, em decisão que transfira o ônus de sua requisição ao Ministério Público, desafia embargos de declaração para que o Juízo avalie os parâmetros do art. 400, § 1º, do CPP, e, na sequência, eventualmente pode implicar na necessária interposição de correção parcial;

G) o Código de Processo Penal brasileiro excepciona o momento de incidência do princípio da comunhão das provas em relação à prova testemunhal (Art. 401, § 2º, CPP), porquanto, mesmo depois de deferida judicialmente a sua produção, o ônus de realizar as diligências voltadas à produção dessa espécie probatória permanece com as partes até o momento de sua produção.

Curitiba, 30 de julho de 2017.

**Equipe do Centro de Apoio Operacional das
Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais**