

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO. 156, II, DO CPP: DEBATE SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL “EX OFFICIO” EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL, QUANDO PARA “DIRIMIR DÚVIDA SOBRE PONTO RELEVANTE”

Bruna Vidal da Rocha²⁹

Letícia Sinatora das Neves³⁰

Paulo Agne Fayet de Souza³¹

RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise da (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do Código de Processo Penal, a partir das diretrizes do sistema acusatório, inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 (e sedimentado pela legislação do “pacote anticrime”), debatendo-se, portanto, o papel do juiz criminal na instrução, no Estado Democrático de Direito, e os aspectos de determinação (durante a fase judicializada dos procedimentos penais e da realização de diligências) para sanar eventuais dúvidas em relação a pontos relevantes, confrontando-se os princípios fundantes e regentes do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal. Instrução criminal. Juiz criminal. Princípios processuais penais. Sistemas processuais.

²⁹ Mestra em Direitos Humanos pela Uniritter com bolsa CAPES integral. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal (Uniritter). E-mail: brunavidal.r@hotmail.com.

³⁰ Advogada, Especialista em Ciências Penais (PUC/RS), Mestre em Direito Fundamentais (ULBRA). Professora da Graduação em Direito Unisc e de Cursos preparatórios para Exame Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: leticia_neves@msn.com.

³¹ Doutor em Direito (Universidade de Roma/Itália). Advogado. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Mestrado) da UNIRITTER. E-mail: paulo@fayet.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a adoção, dentre as inúmeras organizações em razão dos processos judicializados, do sistema acusatório como meta e regra, quando atribuiu ao Ministério Público, por exemplo, a função de acusar, conforme disposto no seu artigo 129, I, separando as funções de acusar e de julgar. Apesar da divisão doutrinária sobre qual o sistema processual penal adotado no Brasil (inquisitório, acusatório ou misto), deve-se compreender que esse é o ponto fundamental a ser analisado na presente pesquisa: se existe, de forma direta, a separação entre as funções de acusar e a de julgar, ou seja, se perfeitamente compreendida a divisão de tarefas nos procedimentos e a total imparcialidade do juiz na conquista da prova, e qual o alcance, portanto, do art. 156, II, do CPP, inclusive a partir das modificações havidas com o pacote anticrime.

Nessas linhas iniciais, pode-se dizer que uma das características, e talvez a mais reluzente, de diferenciação entre os sistemas inquisitório e acusatório repousa nesse fato da separação de tarefas entre acusador e magistrado. Significa dizer que, se existente essa plena separação, estar-se-á diante de uma raiz-fundante acusatória; se não, de uma inquisitória.³² E nesse sentido, e a partir da redação do art. 3º-A do CPP, ainda suspenso por decisão liminar do Ministro FUX, no STF (na medida cautelar que abarca as ADINs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), o sistema processual penal brasileiro está buscando uma posição eminentemente acusatória, ainda que resquícios do sistema inquisitório restem hígidos, devendo-se combater o atuar do juiz como julgador/inquisidor, inclusive para impossibilitar a produção de provas judiciais de ofício durante as fases de investigação e de conhecimento das causas.³³

Nesse contexto, considerando alguns dos princípios basilares do Processo Penal, tais como o da imparcialidade do juiz, o do *in dubio pro reo*, e o da presunção de inocência, faz-se necessária a análise do artigo 156, II, do Código de Processo Penal, que autoriza (ainda) o juiz a determinar a

³² Essa a expressão de Guilherme Madeira Dezem: “(...) embora diversas características sejam apontadas pela doutrina como integrantes do sistema inquisitivo, há uma que lhe é especial: no sistema inquisitivo, não há a separação da função dos sujeitos do processo. Não há a separação das funções de perseguir, acusar e julgar. Tais funções são realizadas por uma mesma pessoa.” (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 101).

³³ Acompanhamos, nessa medida, a fala da doutrina a partir da seguinte corrente: “Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o ‘ne procedat iudex ex officio’, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório.” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 51).

realização de diligências, mesmo sem o pedido das partes adversárias nos procedimentos, a fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante da demanda. [Em regra, poder-se-ia verificar, pela força da redação do art. 3º-A do CPP, advindo na reforma do pacote anticrime, com a implementação (ainda suspensa pela excelsa Corte) do juiz das garantias, a própria inconstitucionalidade integral do art. 156 do *Codex* Processual penal, mas a opção sistemática, de estudo, dos autores, foi o direcionamento para o inciso II. É de rigor indicar que, em sendo confirmada a eficácia do novo dispositivo, entende-se pela viabilidade, nessa avaliação do STF, de reconhecimento da inconstitucionalidade integral do referido artigo, não se desconhecendo estudos em contrário.]

Com essa primeira observação, a parte inicial do presente trabalho abordará os sistemas processuais penais, tecendo considerações quanto ao modelo adotado no Brasil e as suas formas de construção e sedimentação no cenário doutrinário; a seguir, haverá a exposição dos princípios importantes ao estudo do tema abordado, com a devida explanação da parte teórica, a fim de que, como parte derradeira, se passe a analisar os aspectos diretamente vinculados ao art. 156, inc. II, do Código Processual Penal e a atuação judicial “ex officio”, realizando-se, nesse ponto, uma crítica sobre a produção de provas pelo julgador quando diante de dúvida acerca de ponto relevante discutido no processo.³⁴

Num campo de definições de caminhos a serem seguidos, merece referência que o presente trabalho proporá uma discussão de uma temática em constante movimento na doutrina e na prática forense, seja pela discordância dos temas abordados entre os doutrinadores, seja pela perspectiva de ferimento a garantias fundamentais com a utilização do referido dispositivo, se permitida a atividade do juiz na conquista de provas e a sua atuação direta no campo destinado às partes, mesmo quando não instado à manifestação, o que pode se apresentar como um fato de desvirtuação dos papéis dentro das relações processuais e, com prejuízos às partes e ao correto andamento dos procedimentos penais. Na sequência, então, o ponto sobre os sistemas processuais penais, seguindo-se da escrita sobre os princípios.

³⁴ Tal crítica não desconhece o reconhecimento dos poderes do juiz para a iniciativa de conquista da prova, como se verifica da doutrina de BADARÓ, para quem: “Sob o enfoque histórico, os poderes de iniciativa probatória do juiz se ligam ao modelo inquisitório. Todavia, modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, ou seja, compatível com um juiz dotado de poderes para determinar ‘ex officio’ a produção de provas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 108).

2 SOBRE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: CONSIDERAÇÕES QUANTO AO MODELO ADOTADO NO BRASIL.

Para a devida compreensão dos sistemas processuais penais, faz-se necessário dizer que é o conjunto de formas e atos que compõem a linha temporal procedimental no processo penal, devendo-se verificar em qual medida alcança as funções aos sujeitos processuais, os seus papéis no modelo seguido, e o estabelecimento de garantias. Segundo Paulo Rangel, sistema processual penal é “[...] o conjunto de normas e regras constitucionais que estabelecem as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso, de acordo com o momento político de cada Estado” (RANGEL, 2021, p.78). Dentro desse horizonte, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ensina que os sistemas processuais penais surgiram, principalmente, por questões políticas e ainda por outras razões de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica, que, no entanto, foram secundárias ou, ao menos, estiveram subordinadas às razões políticas. (COUTINHO, 2009, p. 104)

É possível observar, então, que o sistema processual penal de cada Estado varia de acordo com o contexto político vivenciado, bem como com as regras constitucionais a serem aplicadas no direito penal, e a forma pela qual é estabelecida aos agentes dentro da linha temporal procedimental. Para que se alcance um exemplo: num Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório garante ao cidadão se defender de eventual arbitrariedade do Estado de forma ampla e amparado por direitos e garantias constitucionais. De outro, no Estado marcado pelo totalitarismo, onde a repressão é a diretriz e os direitos e garantias dos indivíduos são suprimidos, o sistema inquisitivo encontra o seu fundamento e a sua vertente preponderante, direcionando os processos e permitindo amplitudes de busca de provas distantes dos resguardos da ampla defesa e do devido processo legal (RANGEL, 2021, p. 78).

De forma resumida, na história do processo penal pode-se identificar três principais sistemas, quais sejam: o inquisitivo, o acusatório e o misto, sendo que a posição majoritária, no Brasil, é no sentido de que o nosso país adota o sistema acusatório. No processo penal, o sistema inquisitório tem a sua origem direcionada ao século XII, prevalecendo até o século XIV (RANGEL, 2014, p. 80), quando o sistema acusatório privado – como é denominado por Paulo Rangel – foi sendo, aos poucos, substituído. Segundo a doutrina, “o sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiram no processo

penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo” (LOPES JR. 2021, p. 45), sendo que as principais características giram torno da concentração de aquisição e utilização da prova por parte do juiz, sigilo do processo, manifesta falta de separação de funções e de atribuições dentro do cenário processual, como aquelas de acusar e de julgar, e a não existência de um contraditório e de uma paridade de armas.(DEZEM, 2021, p.p 101-102) As funções de julgar, investigar e acusar concentravam-se, então, em um só órgão, comprometendo a imparcialidade do julgador, sem que houvesse a separação de funções, sendo possível inferir que o sistema inquisitório era incompatível com as prerrogativas constitucionais, as quais deveriam estar transparentes em um Estado Democrático de Direito (RANGEL, 2021, 79).

Por seu turno, o sistema acusatório, cujas origens remontam de Grécia e Roma (DEZEM, 2021, p.p 101-102), apresenta características mais protetivas, no sentido de permitir garantias ao sujeito acusado, em processo penal público, com oralidade de contraditório assegurados, com a necessidade de motivação das decisões, de ampla defesa, e com separação das funções de acusar de julgar. As diferenças, pois, entre sistema inquisitório e acusatório, não se limitam à separação de funções das partes dentro do processo, indo mais além, principalmente, no entender dos autores, nas atitudes de asseguramento das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

O sistema misto seria a junção entre os sistema, tendo a parte de investigação o patamar inquisitivo, e a fase judicializada a matiz acusatória, o que não parece certo, no nosso país, em função das várias possibilidade alcançadas ao juiz da causa de realizar por sua própria vontade, de ofício, iniciativas em relação à construção da prova, ou mesmo de ato decisório, como é o caso de viabilidade de buscas e apreensões autorizadas mesmo sem o pedido das partes, ou mesmo a determinação de condenações mesmo com o pedido de absolvição por parte do órgão da acusação; e, por esse motivo, o cenário do presente estudo também invade essas inciativas, quando se verifica na redação do art. 156 do CPP essa permissão de atuação de ofício, sem a perquirição das partes no processo. Quanto ao sistema processual incidente, ou seja, o sistema processual penal misto, que deriva da junção de características do sistema inquisitório com as do sistema acusatório, a doutrina afirma que a classificação de “misto” pelos doutrinadores se justifica pelo fato de que os sistemas ditos como “puros” seriam paradigmas históricos que não guardariam correspondência com os atuais. Assim, o caráter misto ficaria evidenciado pela separação do processo penal em duas etapas, ou seja: a fase pré-processual e a fase processual propriamente ditas, predominando, em

geral, as características do sistema inquisitório na fase preparatória e o do sistema acusatório na fase processual. Sobre esse aspecto, explica Aury Lopes Jr.:

Nesse cenário (e até 2020) sempre dissemos categoricamente: o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz. (LOPES JR. 2021, p. 50)

Por assim dizer, fazendo-se um parágrafo de parênteses, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a adoção e a opção do sistema acusatório em sua essência, quando, em seu art. 129, inc. I, atribuiu ao Ministério Público a tarefa de promover a ação penal, e, em casos excepcionais, ao particular, nas ações penais privadas, demonstrando que a carga da acusação e a delimitação do que realmente será defendido pelo cidadão na ação penal é subsumido à acusação realizada, e sobre ela é que deverá recair a totalidade da defesa, sendo do *parquet* (e da parte privada, em determinados casos) a prerrogativa dessa linha demarcatória, nítida a divisão entre as fases de investigação e de conhecimento da causa criminal propriamente dita.³⁵ Pela viabilidade de iniciativa de construção da prova por meio da intenção do juiz da causa, foi defendida na doutrina que o Código de Processo Penal adotava o sistema inquisitório (LOPES JR. 2021, p. 50), por ser a sua redação anterior a Constituição Federal de 1988, e os seus artigos ainda guardavam correspondência, pois, com esse braço inquisitivo.

No Direito Processual Penal, na atualidade, para que se avance nesse tema, vige o sistema acusatório, conforme disposto no artigo 129, inc. I, da Constituição Federal, uma vez que a função de acusar foi entregue ao Ministério Público e, excepcionalmente, ao particular (RANGEL, 2021, p. 81), reforçada essa expressão pela redação indicada no art. 3º-A do CPP, com a sua vigência suspensa pelo STF, mas que tende a vingar e, no todo ou em parte, determinar a própria inconstitucionalidade do art. 156 do CPP. De qualquer modo, é importante que se analise a indicação realizada por Afrânio Silva Jardim a respeito do sistema acusatório adotado no Brasil:

Para o sucesso deste sistema processual, desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse

³⁵ Em regra, a ação penal é pública incondicionada; desta forma, caso a norma silencie acerca do tipo de ação, ela será pública incondicionada, não dependendo o Ministério Público de qualquer condição para o oferecimento da denúncia. No entanto, poderá ser privada nos casos em que o Código de Processo Penal (ou leis especiais) expressamente assim o trouxer. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2009, p.183.

da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo. (JARDIM, 2005, p. 44).

Ou seja, para que, efetivamente, haja a utilização do sistema acusatório, o juiz deve ser imparcial nos conflitos que surjam no decorrer do processo, assumindo o Ministério Público a titularidade da ação penal e produzindo provas a fim de sustentar a acusação, além da separação plena entre funções e o predomínio de obediência aos princípios constitucionais.

Em sua análise, José Francisco Fischinger Moura de Souza sustenta que o sistema acusatório indica um conjunto de direitos e garantias que asseguram às partes o distanciamento do julgador, para que assim ele atue com a devida imparcialidade no processo. Desta forma, afirma que a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema acusatório, impondo-o, assim, ao intérprete (SOUZA, 2004, p. 46). Em contraponto, mais atual, encontra-se a fala doutrinária de BADARÓ, para quem:

De outro lado, os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo à sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. A categoria ‘poderes instrutórios do juiz’ é bastante heterogênea, incluindo poderes que vão desde a busca da fonte de provas (atividade propriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas cuja existência já tenha conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um ‘buscador’ de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente – o testemunho –, para incorporar ao processo os elementos de informações contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato. (BADARÓ, 2021, p. 108).

Sendo direcionado o presente estudo para a composição do dispositivo do inciso II do art. 156 do CPP e, traçando-se um caminho de episódios práticos, o texto coloca três possibilidades a serem estudadas e resolvidas, levando-se em conta os conceitos trazidos na citação acima, de fontes de provas e meios de prova, são elas:

Na primeira, o juiz, no curso da instrução, e depois de ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, realizados os interrogatórios, mas sem qualquer iniciativa de últimas diligências por qualquer das partes (do art. 402 do CPP), entende que é necessária a oitiva de uma testemunha referida no depoimento pessoal de um dos réus, para que se convença de uma imputação trazida na denúncia do MP;

Na segunda, o juiz decreta a prisão preventiva do investigado, após a prisão em flagrante, mesmo sem o pedido da acusação pública;

Já na terceira, o juiz realiza perguntas à última testemunha de acusação, depois de esgotadas as perguntas das partes na audiência de instrução.

Em uma verificação direta dos três episódios, indica-se que, em relação ao primeiro, o juiz está agindo como um pesquisador de provas, tomando a iniciativa como parte na composição dos sujeitos do processo e indo na busca de uma fonte de prova, o que, de forma uníssona na doutrina, se entenderia como ato inquisitivo, ainda que não se soubesse o teor da prova a ser formalizada com o efetivo depoimento da testemunha referida.

Nessa primeira situação narrada, o juiz se coloca como parte, a fim de esclarecer ponto que a acusação pública não se interessou, ferindo o princípio acusatório e retirando-se da zona técnica de árbitro imparcial, cuja função é julgar os fatos trazidos ao seu conhecimento, na opinião dos autores.

Na segunda hipótese, existem decisões para todos os lados, sendo que, em acórdão recente, o STJ decidiu que “a manifestação posterior do Ministério Público pela segregação cautelar do agravante supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento, afastando-se a alegação de conversão da prisão de ofício e de violação do art. 311 do CPP” (AgRg no RHC 152.473/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 5ª Turma, j. em 19/10/2021, DJe 25/10/2021, unânime), em manifestação jurisprudencial que expressa perfeitamente a assunção com um comportamento ativo do juiz da causa, que pode agir, prender, realizar o que bem entende, mesmo sem a manifestação do *parquet* nesse sentido. No voto, é possível ler o que se segue:

(...) Não se ignora que, com a edição da Lei n. 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 311 do CPP, não mais se permite ao juiz decretar a prisão preventiva do investigado ou do réu sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Contudo, no caso em apreço, verifica-se que o Ministério Público, em manifestação posterior, manifestou-se pela segregação cautelar do agravante, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento, afastando-se a alegação de conversão da prisão de ofício (AgRg no RHC n. 136.708/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 29/3/2021).

Então, ignora-se a lei e se permite que o juiz faça o que bem entende, desde que corroborado pelo MP posteriormente. Não se pode concordar. E o entendimento vai para o seguinte campo de debate: se pode prender sem o pedido, suprida essa necessidade em momento “posterior”, o que dirá o resto dentro do procedimento, como ir em busca de prova, decretar buscas e apreensões, ou

mesmo condenar sem o requerimento expresso do MP. Na opinião dos autores, nessa segunda hipótese, e em conformidade com o que há anos vem escrevendo Aury Lopes Jr., o resguardo máximo tem de ser direcionado ao cidadão, não podendo suprir a falha do Estado uma posterior manifestação pela segregação cautelar do investigado, assim como merecem a liberdade plena ou a determinação de medidas cautelares diversas os investigados que, durante uma audiência de custódia, por exemplo, não receberem contra si a manifestação da acusação pública, e assim por diante.

Quanto à terceira possibilidade, de perguntas à testemunha de acusação, depois de esgotados os questionamentos das partes, haveria o mero reconhecimento de meio de prova e não de busca de fonte de prova. Autores irão se dividir quanto a esse exemplo, e o debate pode ser ampliado: a prova já foi consolidada, não há buscas, e o juiz seria apenas um expectador retirando dúvidas; ou, por outro lado, o juiz não pode interferir sequer na realização de prova nos autos, devendo reservar-se ao máximo no cenário da isenção em relação aos fatos. A temática toda será aguçada se, nas respostas da testemunha de acusação, nesses esclarecimentos do juiz, o relato ficar desfavorável ao réu em qualquer medida.

Sendo assim, terá o juiz atuado como um agente da acusação? Se a resposta for “sim”, deve-se refletir se a mesma figura, a do juiz, atuou nesse procedimento como acusador e julgador, se existiu a mistura das funções. Na opinião dos autores, o risco de o juiz realizar esclarecimentos atinge dois níveis: primeiro, de ordem objetiva, aquele de o magistrado realizar uma prova desfavorável ao réu, atuando como um acusador, misturando as funções; e, segundo, de ordem subjetiva, aquele de o juiz utilizar-se dessa resposta no seu grau de convencimento íntimo sobre a causa, o que é impossível de ser auferido. Nesses sentidos todos, se existe o risco de o magistrado ser contaminado, realizando perguntas, não pode ser admitido no processo pena a iniciativa de qualquer ordem, de qualquer natureza.

Ainda no campo doutrinário, Geraldo Prado afirma que, no Brasil, lamentavelmente, prevalece a teoria da aparência acusatória, uma vez que a norma constitucional assegura ao Ministério Público a exclusividade de interposição da ação penal pública, garante o devido processo legal com ampla defesa e contraditório, defere a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação penal e prevê a oralidade e publicidade no processo. No entanto, dá razão às afirmações de que a Constituição preconiza a adoção e a efetivação do sistema acusatório, mas também de que há formas inquisitivas no processo penal brasileiro. Sendo assim, adota o

posicionamento de que prevalece, na prática, o sistema processual penal misto (PRADO, 2006, p. 195). Aury Lopes Jr. afirma que o modelo de sistema processual brasileiro adotado é o (neo)inquisitório, explicando assim: ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha trazido a adoção pelo sistema acusatório, o Código de Processo Penal sempre adotou o sistema inquisitório no decorrer do processo, inclusive indicando quais seriam os dispositivos a serem indicados inconstitucionais, como se depreende da seguinte passagem:

Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, era necessário fazer uma ‘filtragem constitucional’ dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.) pois são ‘substancialmente inconstitucionais’ (e, agora, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei 13.964). Assumindo o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória e, principalmente, pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários. (LOPES JR. 2021, p. 51)

Em vista de todo o exposto, depreende-se que, embora a Constituição Federal de 1988, efetivamente, tenha trazido a adoção do sistema acusatório, o Código de Processo Penal, em diversas ocasiões, demonstra resquícios do sistema inquisitório, e isso se esclarece de forma crua no tocante ao art. 156, inc. II, do CPP, objeto desse estudo, em virtude de que alcança ao juiz, por sua própria deliberação, a produção de provas, conferindo-lhe a atribuição que deveria ser das partes (acusação e defesa), e permitindo que haja certa parcialidade do órgão julgador no decorrer do processo.

Diante dos diversos posicionamentos doutrinários a respeito de qual seria o sistema processual adotado pelo Brasil, é possível inferir que a Constituição Federal de 1988 idealizou um sistema acusatório e, em contrapartida, o *Codex* processual penal seguiu caracterizado por fortes traços do sistema inquisitório, o que gera, inegavelmente, um conflito na aplicação de institutos ao longo da marcha procedimental, não raras vezes com determinações de ordem extremamente inquisitivas ao longo da ação penal e regras de ampliação da atividade dos juízes que, analisadas isoladamente, trazem risco à separação necessária entre o órgão julgador e as partes no processo, principalmente pelo grau de convencimento prévio que existe no sujeito que interfere na busca da realização da prova. Serão analisados, a partir desse ponto, os princípios que regem o processo penal, em vinculação à essa temática da conquista da prova por iniciativa do juiz nos procedimentos

penais, a fim de que, após esse momento, se possa delinear, de forma segura, a aplicação ou não, como isenta e legítima, da permissão trazida no art. 156, inc. II do CPP.

3 VERIFICAÇÃO PRINCIPOLÓGICA E OS LIMITES DAQUILO QUE SE ENTENDE COMO VERDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antes de analisarmos os aspectos acerca do art. 156, inc. II, do Código de Processo Penal, será realizada a verificação mais próxima de quatro princípios que regem o processo penal, e guardam, pelas suas amplitudes, maior correspondência com o tema do presente estudo, permitindo-se uma segurança quanto à colocação da atividade do juiz nos procedimentos na busca das provas, se adequada, ou não; nesse sentido, passa à demarcação dos princípios da imparcialidade do juiz, do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência e da verdade real *versus* verdade processual, necessários, num primeiro momento, para o enquadramento desse campo no qual se permite (ainda hoje) ao juiz a busca de provas, sempre com o intuito de não se perder o norte do devido processo legal e do contraditório constitucional, como regentes de uma ordem processual penal.

Com esse cenário delineado, deve-se referir que o princípio da imparcialidade do juiz pode ser visto como a construção do Direito que determina um afastamento do magistrado em relação à atividade das partes, a fim de que não atue na construção da prova, da sua ciência prévia, ou que interfira no debate entre os adversários da ação penal. O processo deve criar meios de atingir esta imparcialidade, evitando, principalmente, a atribuição de poderes instrutórios ao julgador (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 50). Este princípio preocupa-se com “[...] as circunstâncias, de fato e de direito, e com as condições pessoais do julgador, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão” (PACELLI, 2021, p. 368), ou seja, preocupa-se com que o juiz possa decidir de maneira imparcial, sem levar em consideração suas preferências, sendo técnico e adotando uma postura de desinteresse pelo favorecimento de uma das partes em detrimento da outra.

A imparcialidade pode também ser visualizada como uma das características inerentes ao exercício da jurisdição, ela tem como função afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada pelo magistrado, buscando sempre a melhor solução ao conflito e

atingindo o principal objetivo da prestação jurisdicional que é dar a cada sujeito processual o que lhe é devido (RANGEL, 2021, p.86).

Juiz imparcial significa juiz independente, e em razão da necessidade dessa independência, a Constituição Federal garantiu aos juízes algumas prerrogativas em seu artigo 95 com o objetivo de evitar que o julgador possa sofrer algum tipo de coação política ou funcional e/ou algum constrangimento que o ameace a perda de seu cargo (RANGEL, 2021, 87). E, ainda com o objetivo de garantir a imparcialidade do juiz, o legislador previu expressamente nos artigos 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal os casos de impedimento e suspeição.³⁶ Sendo assim, resta clara a necessidade do julgamento por um juiz imparcial a fim de entregar a melhor resposta às partes.

Ademais, a adoção do Sistema Acusatório pela Constituição Federal trouxe consigo a garantia de imparcialidade do juiz, atribuindo-lhe a função de mero espectador dentro do processo penal e entregando a persecução penal ao Ministério Público. No entanto, o artigo 156, inc. II, do Código de Processo Penal ainda permite ao juiz que ele produza provas, dificultando sua imparcialidade e ferindo este princípio.

Ainda com relação à imparcialidade, é importante diferenciá-la de neutralidade. Há crítica com relação a esses dois institutos sob o argumento de que a imparcialidade nada mais é do que um mito da modernidade que determina um afastamento estrutural do julgador em relação às atividades das partes. Dessa forma, o juiz no mundo não teria como ser neutro, mas pode e deve ser imparcial. E então, imparcialidade nada tem a ver com neutralidade, uma vez que juiz neutro não existe, pelo fato de que ainda que o julgador procure ser imparcial, seu julgar reflete um sentimento, uma eleição por um dos lados apresentados, assim sendo, o conjunto de fatores psicológicos que o envolvem afetam o ato de julgar e impedem a construção da neutralidade (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 27).

Com relação ao princípio do *in dubio pro reo*, trata-se de um princípio constitucional previsto implicitamente no processo penal e conectado com o princípio da presunção de inocência, que veremos mais adiante. (BADARÓ, 2021, p. 300) assim o define: “Trata-se, portanto, de

³⁶ As hipóteses de impedimento e suspeição se relacionam com fatos e circunstâncias, objetivos e/ou subjetivos que podem ser encontrados dentro ou fora do processo e que poderão influenciar o julgador em sua decisão. Sendo assim, são situações em que o juiz estará impedido/suspeito de/para exercer jurisdição. Por todos: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 449-51.

presunção que se fundamenta em um *favor legis* em relação a uma das partes. No caso, um benefício para quem se vê acusado da prática de um delito.”

Ou seja, havendo dúvida razoável quanto à culpabilidade do agente, o juiz deve optar pela versão mais favorável ao réu. Aury Lopes Jr. assevera que, ao lado do princípio da presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora com a atribuição ao acusador pela produção de provas, reforçando a regra de julgamento (não condenar o réu sem que a sua culpabilidade tenha de fato sido demonstrada e de que não haja dúvidas com relação às provas apresentadas) e do contrário, caso não seja alcançado um grau de convencimento, é imperioso que se opte pela absolvição.

O princípio do *in dubio pro reo* também pode ser encontrado na doutrina como princípio a favor do rei. O operador do direito, deparando-se com uma norma que possua interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda à liberdade do acusado, pela que favoreça o acusado na relação jurídica. Trata-se de regra do processo penal que determina que o juiz siga tese mais favorável ao réu sempre que a acusação não tiver logrado êxito em comprovar sua culpabilidade. O *in dubio pro reo*/princípio a favor do rei é o princípio que autoriza o julgador a absolver o réu nos casos em que seja verificada a prescrição ou ainda, quando houver vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo, ao mesmo tempo em que existam provas que autorizem a absolvição (RANGEL, 2021, p. 67).

Alexandre de Moraes da Rosa e Salah H. Khaled Jr. fazem considerações a respeito do *in dubio pro reo*, afirmam que no Sistema Inquisitório, tal princípio passa a ser “*in dubio pro hell*”. A crítica feita pelos autores baseia-se no fato de que a produção de provas pelo julgador não pode ser vista como saudável ao acusado, uma vez que tal atividade desconsideraria totalmente o princípio do *in dubio pro reo* e, portanto, estando em dúvida, o julgador que busca a produção de provas só poderia ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Ou seja, para os julgadores que se utilizam da produção de provas, diante da dúvida, a verdade deveria ser buscada até que se chegue ao resultado desejado, que não seria outro senão a condenação, já que a dúvida deveria impor a absolvição (ROSA; KHALED JR., 2014, p. 25).

A respeito desse princípio, conclui:

Estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado.

A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia. (RANGEL, 2021, p. 68)

Já o princípio da presunção de inocência propriamente dito, surgiu no final do século XVIII, na época do Iluminismo, quando se teve a necessidade de ir contra o Sistema Processual Inquisitório que vigia desde o século XII. Naquele período e Sistema o acusado detinha garantias insuficientes e aí então, surgiu a necessidade de resguardar o cidadão dos arbítrios do Estado, que, como já vimos no tópico de Sistemas Processuais, a qualquer custo queria a condenação do acusado, julgando-o culpado até prova em contrário. Com a Revolução Francesa, nasceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 9º trazia: “[...]todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.” (RANGEL, 2021, p. 57)

Ademais, o princípio da presunção de inocência também pode ser encontrado como princípio da não culpabilidade e possui previsão constitucional explícita no artigo 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, impede que o investigado ou denunciado sofra consequências jurídicas antes do trânsito em julgado da sentença criminal (MENDES, 2014, pp. 534-536)

É possível perceber, então, que o princípio da presunção de inocência é anterior até mesmo à Constituição Federal e nasceu pela necessidade de combater a inquisitorialidade vigente na época. Assim, guarda total compatibilidade com o sistema acusatório, sendo um dos seus principais fundamentos. Ou seja, é possível observar que “[...] há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.” (MORAES, 2003, p. 105). A respeito do princípio da presunção de inocência ou Estado ou situação jurídica de inocência:

Impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (PACELLI, 2014, p. 48):

Na relação processual, quando houver conflito entre a inocência do réu e o dever direito do Estado de punir, o juiz deve absolver o acusado, a título de exemplo, o artigo 386, inc. VII, do Código de Processo Penal ordena que o juiz absolva o réu caso não existam provas suficientes que permitam a sua condenação. E ainda, relembra que, quando determinados dispositivos processuais tiverem a possibilidade de ser interpretados de mais de uma maneira, o julgador deve eleger a maneira mais favorável ao réu para ser utilizada, eis que como já frisado, o réu é presumido inocente até que se prove o contrário (NUCCI, 2021, p. 66).

No tocante ao princípio da busca da verdade real, quando se fala em fundamentação das decisões, acaba-se, conseqüentemente, discutindo também qual o tipo de verdade foi buscada e alcançada no momento da decisão. Historicamente, o processo penal sempre buscou uma “verdade mais material e consistente” de menor qualidade e sem muitas preocupações com o acusado. O mito da verdade real pode ser ligado à estrutura do Sistema Inquisitório, com o interesse público, com a busca de uma “verdade” a qualquer custo e com a figura do juiz-autor (inquisidor). Com base nesses argumentos, no processo penal falar-se-á tão somente em uma verdade formal ou processual (LOPES JÚNIOR, 2021, p.27).

Nesse mesmo sentido, a análise do princípio da verdade real pode ser iniciada pelo conceito da palavra verdade, que será sempre relativa e, portanto, se torna impossível extrair dos autos o fiel retrato da realidade do delito. Diante disso, resta inalcançável que o juiz atinja a verdade objetiva, ou seja, a verdade que corresponda ao que de fato aconteceu no plano real (NUCCI, 2009, p. 103). Uma vez que os fatos que realmente aconteceram jamais poderão ser reconstituídos, o que se tem são versões do ocorrido contadas pela acusação de uma maneira e rebatidas pela defesa de outra.

A verdade real nada mais é do que um mito sedutor e ilusório. É a farsa pela qual se imagina que, de acordo com alguns depoimentos e provas ou informações, seria possível a reconstrução dos fatos exatamente como se deram. No entanto, mesmo que houvesse uma gravação feita por todos os ângulos do acontecimento, algo sempre escaparia, mas ainda assim, o mito da verdade real funciona como mecanismo para que sejam aceitas práticas inquisitórias e autoritárias (ROSA, 2016, p. 81).

A atuação supletiva do juiz como investigador, portanto, estaria justificada na proposição da prova, senão pelo mito da busca da verdade real e/ou de que o juiz é órgão que tem condições de desvelar, em qualquer momento, a verdade absoluta. Atualmente, a “verdade real” aparece como sinônimo de justiça, ela seduz, pois se vê associada ao combate à impunidade, à ideologia da defesa

social. No entanto, se o juiz é, da mesma maneira que o promotor, um ser humano, ou seja, igualmente vulnerável, de que forma ele seria mais capaz de encontrar a “verdade real” do que o promotor, a quem é incumbido o papel de acusar e demonstrar os fatos verídicos? Nesse aspecto, resta claro que o juiz não possui nenhuma vantagem em relação à acusação – Ministério Público (MARQUES, 2009, p.p 149-150).

O que se pode extrair é o seguinte: a busca pela verdade no processo penal é uma tentativa de encontro da verdade processual, e não mais do que isso, não mais do que esse curto sentido, na medida em que a “verdade real” é inalcançável, é algo que já se pode verificar a partir da construção de provas, de se remontar ao longo da trajetória do processo, depois de ocorridos os fatos, em virtude de que o procedimento tem apenas uma aproximação do que realmente aconteceu em cada um dos casos trazidos ao cenário da justiça criminal, baseada em provas apresentadas pela acusação e pela defesa, as quais, juntas, alcançarão tão somente uma verdade de dentro do processo, real ou não, verdadeira ou não, legalmente aceita ou não, buscando [naquilo que é bonito de se ler no papel, mas que não encontra amparo na realidade dos procedimentos] a solução *mais justa e adequada* ao processo, sendo verdadeiramente uma irrealidade.

4 ASPECTOS ACERCA DO ARTIGO 156, INC. II, DO CPP E A ATUAÇÃO JUDICIAL “EX OFFICIO”

Superados os conceitos principiológicos pertinentes ao tema, com uma sistematização do arcabouço constitucional e processual sobre a viabilidade de construção das provas, o enfrentamento nesse ponto será o seguinte: até que ponto o julgador pode produzir provas para dirimir as suas dúvidas no processo? Pode o julgador, que não é parte, ter esse grau de convicção para, por sua própria vontade, determinar a realização de uma prova, sem ser provocado? Ele não estará praticamente já se convencendo da sua própria hipótese e indo em direção aos fatos para poder provar a sua tese?

O que foi observado até o momento é que o julgador, ao produzir provas, ou ter a viabilidade de alcançá-las, busca a sua “verdade”, e já se convence do resultado; por vezes, acontece ainda outra situação: o juiz busca a prova a partir daquilo que pensa sobre o caso, na tentativa de formar uma prova daquilo que já decidiu internamente. Ele se convence antes da prova, e vai em busca de

seu intento, ainda hoje resguardado pela própria legislação, como é o caso do art. 156 do CPP. Nas duas hipóteses, a para que *ab initio* se responda aos questionamentos realizados acima, o julgador não pode produzir provas, ou mesmo ter algum grau de convicção e agir por sua vontade própria na construção da prova, justamente porque os traços do sistema acusatório devem estabelecer os resguardos das funções de acusar e de julgar, mas não somente isso: deve privilegiar o contraditório, a ampla defesa, e permitir um juiz manifestamente isento para decidir da maneira mais imparcial possível, distante da busca de fatos, de indícios, de provas, porque essa não é a sua função. Aqui, nessa pesquisa, verifica-se que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, diz a redação do artigo em análise, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, o que se apresenta como uma faculdade que aproxima o magistrado da condição de parte no processo.

O problema é, justamente, quando o julgador se coloca na posição de parte, de partícipe na construção da prova, e o *balanço da balança* pende para um dos lados, com ferimento à imparcialidade. Importante salientar, ainda, que muito embora o art. 156 do Código de Processo Penal tenha sofrido alterações pela Lei 11.690/2008, não retirou do juiz a faculdade da produção de provas, permanecendo com uma posição autoritária e permissiva dessa iniciativa. Por isso, Salo de Carvalho fala que “o resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo” (CARVALHO, 2013, p. 168), e disso é que se trata, pois a cultura³⁷ é a de sempre aplaudir esse modelo sabidamente autoritário e inquisitivo, como se normal fosse, como se não se pudesse implementar o amplo sentido de garantia no processo, com a imparcialidade máxima do juiz. Como já se disse nessa pesquisa, com a redação do art. 3º-A do CPP, surgido da reforma do pacote anticrime, com a sua eficácia ainda suspensa pelo STF, em manifestação liminar, pode-se imaginar que, em sendo confirmada a vigência e desse novo dispositivo, existirá a determinação de inconstitucionalidade integral do art. 156 do *Codex* Processual Penal. E isso em razão da presença

³⁷ Sobre o tema da cultura inquisitiva, merece referência o texto de DEZEM: “Realmente há profundo descompasso entre o modelo traçado pela Constituição Federal e sua concretização por meio do Código de Processo Penal. Este descompasso é aprofundado pela cultura inquisitorial existente no país pelos diversos órgãos existentes. Não raro o magistrado acaba sentindo-se parte do sistema de segurança pública e acaba por achar que a sua função é combater a criminalidade ou buscar reconstituir os fatos como efetivamente se deram em uma caça em busca da verdade. Este descompasso entre o modelo constitucional (acusatório) e o modelo do Código de Processo Penal e a cultura inquisitiva reinante entre diversos setores dos operadores do direito e da magistratura acaba por gerar uma das grandes tensões existentes no sistema, que se quer acusatório e que quando se olha no espelho se reconhece inquisitivo.” (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 108).

de uma pretensão de ver o sistema processual penal brasileiro estabelecido nos moldes acusatórios, com a atuação do juiz das garantias, imparcial e distante da construção da prova, com distância dentro da dialética entre as partes, conduzindo as suas decisões sem adentrar no cenário de busca ou construção da prova, homenageando os resguardos constitucionais e se preocupando com o alcance constitucional às causas. De qualquer modo, o estudo presente ainda se abalança por compreender e verificar a eficácia do art. 156 do CPP.

Nesse mesmo sentido, Fauzi Hassan é contundente ao discorrer sobre o artigo 156 do Código de Processo Penal e afirmar que o ônus da prova caberá a quem alegar o fato delituoso, ou seja, ao Ministério Público, sendo que o texto do dispositivo coloca o julgador em um papel ativo na produção de provas, trabalhando com a verdade real em contraposição à verdade processual, demonstrando características inquisitórias (CHOUKR, 2009, p.p 312-317).

O problema em si está no fato de atribuir ao juiz a iniciativa probatória, uma vez que essa deveria ser do Ministério Público, órgão acusador, e, portanto, o referido artigo, ao conceder tal atribuição ao juiz, vem contrariando a expectativa constitucional. E tudo parece estar atribuído à busca da verdade real que se torna responsável por abusos e violações de direitos individuais. Ressalta-se que a legislação processual penal é de 1941 e, assim, inegavelmente possuiu inspirações autoritárias.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal, o Código de Processo Penal deveria ser interpretado e readequado às normas nela positivadas. A verdade processual é, nesse turno, formada pelos elementos que se encontram dentro dos autos e que serão levados em consideração pelo julgador no momento da sentença, mas que foram constituídos ao longo da caminhada do processo pelas partes, cada qual com o seu grau de determinação e limitação constitucional; desse modo, se o órgão da acusação pública delimitou na acusação que o réu estava no local, ele é quem, ao longo da marcha, deverá provar essa posição, e não ao contrário; sim, permite-se ao réu a realização de prova em sentido contrário, mas não se lhe exige. Quem tem de provar, aqui, é quem alega, sob pena de improcedência da ação penal. Por sua vez, se permitido ao juiz realizar diligências para que essa prova seja realizada, sem manifestação de vontade das partes, existe, sim, uma hipótese já formada, uma convicção já registrada pelo acusador, que estará dentro do campo da acusação, distante dos resguardos constitucionais da imparcialidade, do contraditório e do devido processo legal. Paulo Rangel acrescenta que a maior dificuldade do intérprete é aplicar o

princípio da verdade processual de forma sistemática (RANGEL, 2014, pp. 46-47). A respeito do artigo 156, inc. II, do Código de Processo Penal:

O inciso II e a consagração clara do princípio da verdade processual, fruto do sistema inquisitivo, pois exatamente visando à descoberta (ou reconstrução) do fato cometido é que o juiz age *ex officio*, de modo a dirimir dúvida sobre ponto relevante[...]

O art. 156, reformado pela Lei nº 1.690/2008, incidiu no mesmo erro anterior: colocando o juiz no papel de investigador, descendo do seu lugar *supra partes* (distante dos interesses das partes), para procurar aquilo que acha que é a verdade, ou que ele quer que seja a verdade. Trata-se do juiz inquisidor. Do juiz que, a interrogar, já sabe o que vai fazer: condenar ou absolver. Depois de decidir, no seu (sub)consciente, ele vai atrás da prova para justificar sua decisão [...] (RANGEL, 2021, p. 46)

Ou seja, ao utilizar o disposto no artigo 156, inc. II, do Código de Processo Penal, o juiz nada mais está fazendo do que atuando como investigador, instruindo o processo baseado em um convencimento prévio em que, a prova na qual ele ordena seja produzida, apenas confirmará e dará suporte técnico ao que ele já construiu como verdade em seu julgamento interior.

Assim, se o fundamento para a utilização do artigo 156, inc. II, do Código de Processo Penal é a busca pela “verdade real”, que já concluímos não haver qualquer margem para sua utilização dentro do processo penal, na medida em que é algo que já ocorreu, existindo apenas a possibilidade de construção da verdade processual, em respeito ao sistema acusatório vigente em nosso ordenamento jurídico, bem como à separação de atribuições advindas deste sistema, que deixa claro que a função de acusar é do Ministério Público e, principalmente, que a prova da alegação caberá a quem a fizer; com isso, no momento em que o julgador sai do seu papel de espectador e ordena a produção de provas, ele estará agindo como um juiz inquisidor, violando os princípios da imparcialidade, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Resta evidente a contrariedade do dispositivo analisado aos princípios e aspectos constitucionais da *Carta Magna*, quando permite que o juiz determine a produção de provas “*ex officio*” em caso de dúvida acerca de ponto relevante discutido no processo. A utilização deste dispositivo revela uma tendência a se retornar, na história, à existência de juiz com uma postura inquisitória, onde a busca pela condenação do acusado era, de longe, o mais importante ato a ser alcançado dentro do processo.

Uma das possibilidades que se afigura é a seguinte: com o advento do art. 3º-A do CPP, e quando (e se) tiver a sua eficácia determinada plenamente, será estabelecida a inconstitucionalidade do art. 156, II, do CPP, e estará reconhecido que, por décadas, existiu uma brecha para uma atividade judicial “*ex officio*” em matéria processual penal manifestamente excessiva aos moldes

de um sistema acusatório, quanto mais para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Na doutrina, existe corrente que entende pela constitucionalidade do dispositivo, e essa é a sustentação:

Devem surgir duas posições nesse tema. Primeira posição no sentido de que a restrição da atuação do juiz em prol apenas da acusação seria inconstitucional por violação da isonomia. Para esta posição a violação da isonomia teria por consequência a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo podendo o juiz produzir provas em favor tanto da acusação quanto da defesa. Segunda posição não vê inconstitucionalidade nesta disposição. Com efeito, para esta corrente é proibido que o juiz atue em prol da acusação dada a natural divisão de forças no sistema. Ou seja, a posição do órgão estatal é mais forte do que a posição do indivíduo, de forma que este dispositivo apenas limitaria a atuação do estado pelo órgão julgador, não sendo proibido que atue em favor da defesa. É dizer, o critério diferenciador utilizado pelo legislador seria justificável e, portanto, a disposição seria constitucional. É a posição que defendemos. Como reconhecemos a constitucionalidade do dispositivo, voltamos ao ponto anterior: o juiz não sabe de antemão qual será o resultado da prova ao determinar sua realização. Então, como pode o juiz atuar sem violar o dispositivo na vedação do artigo 3ºA já que não sabe qual será o resultado da prova? (DEZEM, 2021, p. 112)

Caso determinada a inconstitucionalidade, será o tempo de sepultamento da figura do juiz que se permite a busca da prova e as atitudes como parte no processo, como nos tempos em que o sistema era o inquisitivo, e não se obedeciam aos princípios constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a (in)constitucionalidade do artigo 156, II, do Código de Processo Penal, com enfoque no sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, foram estudados os sistemas processuais inquisitório, acusatório e misto, sob uma perspectiva da opinião de cada doutrinador, estabelecendo uma relação entre os tipos de sistemas processuais e o sistema acusatório adotado pela *Carta Magna*. Foram estudados, assim, os aspectos acerca do alcance do artigo 156, II, do CPP sob a ótica dos princípios que regem o processo penal, especificamente aqueles que guardam maior correspondência com o tema do presente trabalho, quais sejam: os princípios da imparcialidade do juiz, do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência, e o da verdade real *versus* verdade processual.

Com relação aos princípios processuais penais, concluímos que a imparcialidade do juiz guarda correspondência com o sistema acusatório, ou seja, com o papel de espectador do juiz dentro do processo penal, atuando e julgando apenas conforme as provas que lhe são apresentadas, sem

que haja um determinado favoritismo para nenhuma das partes envolvidas na relação processual, e, ainda, diferenciando imparcialidade de neutralidade, uma vez que juiz neutro não existe, na medida em que no momento de sua decisão ele opta por um dos lados da relação processual. Já os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência guardam correspondência entre si: estabelecem que, em caso de dúvida, o réu deverá ser absolvido, e preservada a sua condição de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, circunstâncias que protegem o sujeito-réu na relação e demonstram, desde as instâncias iniciais do processo, que o juiz deve manter a redoma protetiva ao cidadão contra os eventuais excessos do Estado, da acusação pública. Já com relação aos princípios da verdade real *versus* verdade processual, restou verificado que o processo penal sempre buscou uma verdade material e consistente, sendo que o mito da verdade real estaria ligado à estrutura do sistema inquisitório, onde haveria a busca por uma verdade a qualquer custo, e com a figura do juiz inquisidor. De tal modo, opta-se por aderir ao termo de verdade processual no processo penal.

A verdade processual, assim, é a verdade trazida para dentro dos autos do processo, é a reconstrução dos fatos de acordo como eles aconteceram e são contados, uma vez que o mito da verdade real seria inalcançável, pois o crime é pretérito, não sendo possível o retorno ao momento em que ele ocorreu. Entretanto, este mito ainda funciona para que sejam aceitas práticas inquisitórias e autoritárias, sendo que, diante da dúvida, a alternativa correta seria uma posição neutra que fosse baseada no princípio do *in dubio pro reo*, interpretando as provas a favor do réu, mas jamais interferindo na sua produção.

Com essas considerações, o presente trabalho teve o intuito de analisar os principais aspectos teóricos referentes ao artigo 156, II, do Código de Processo Penal, discutindo as principais temáticas de imparcialidade, da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e o mito da verdade real, que deveriam ser proteções normais de impedimento das iniciativas do juiz na conquista de provas. Ou seja, um juiz imparcial, que presume o réu inocente, que se posiciona a favor do cidadão no caso de dúvida, e que busca a verdade processual, não pode ceder a essa iniciativa de produzir prova no processo para o seu convencimento sobre os fatos, porque estará agredindo a própria gama de princípios que protegem o réu, que o colocam numa posição de fragilidade, de merecimento de uma total imparcialidade. No entanto, restou possível verificar que, embora haja profunda crítica doutrinária a respeito do dispositivo, prevalece o argumento de que o juiz pode dirimir dúvidas quando entender necessário, o que não é o mais adequado em respeito aos

princípios constitucionais, na medida em que o julgador, inegavelmente, já encontrou um grau de certeza de uma hipótese, e parte em busca dos fatos, o que não lhe é permitido como órgão imparcial.

Com essas observações, revela-se que o juiz que busca por sua própria vontade a realização da prova não aguarda ser convencido da prova por uma das partes, ele mesmo se coloca na posição de parte do processo para achar aquilo que entendeu até aquele momento. Essa circunstância de iniciativa de realização da prova diretamente pelo magistrado da causa, lembre-se, foi vetada na fase investigatória-inquisitória, por força do art. 282, § 2º, do CPP, que exigiu, expressamente, o pedido da acusação pública ou a representação da autoridade policial, a fim de que existisse a manifestação do Poder Judiciário em medidas cautelares [abrindo a possibilidade de ação “ex officio” apenas durante a fase de instrução da ação penal propriamente dita].

Nesse sentido, a aplicação do art. 156, inc. II, do Código de Processo Penal demonstra total contrariedade em relação aos princípios e aspectos constitucionais da Constituição da República, na medida em que permite ao juiz a determinação de provas “ex officio” em caso de dúvida acerca de ponto relevante discutido no processo, revelando, inegavelmente, uma tendência a se retornar à figura do juiz com uma postura inquisitória, na qual a busca pela condenação do acusado era, em regra, o mais importante ato a ser alcançado dentro da relação processual. Como alternativa para esta posição, mais do que a vedação legislativa de existir, ou não, este dispositivo legal, deveria ser repensada a postura do julgador diante do dispositivo, em razão de que, no momento em que o julgador aceita a produção de provas a partir da sua convicção pessoal, resta claro que a sua concepção de sistema processual, de certa forma, ainda não está em conformidade com o sistema (essencialmente) acusatório, uma vez que, quando ele assume a postura de produção de provas, como parte, ele já alcançou a convicção ao menos de uma tese, de uma hipótese, e não atua mais como mero espectador do processo com base no que se lhe foi apresentado pelas partes, dentro do resguardo da imparcialidade. O sistema entre adversários, com um julgador imparcial, dentro dos limites da mais ampla defesa e do devido processo legal, parece, ainda, ser o mais protetivo ao cidadão que responde a uma ação penal.

Como ponto de finalização: com a chegada do art. 3º-A do CPP, e quando (e se) tiver a sua eficácia determinada plenamente, restará estabelecida a inconstitucionalidade do art. 156, II, do CPP, e reconhecido que, por muitos e muitos anos, existiu uma brecha para uma atividade judicial “ex officio” em matéria processual penal manifestamente excessiva aos moldes de um sistema

acusatório, quanto mais para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”, não se desconhecendo posições contrárias na doutrina.³⁸ Num sentido mais amplo, o próprio artigo 156 do CPP, no todo ou em parte, será determinado inconstitucional, caso prevaleça a determinação de eficácia do art. 3º-A do CPP, com a implementação da figura do juiz das garantias e do próprio sistema acusatório no processo penal brasileiro, e finalmente a conquista das provas será tarefa das partes, sem interferências amplas do julgador como um advogado de defesa ou de um promotor de justiça ou assistente à acusação, colocando-se cada coisa no seu devido lugar, sob o manto acusatório, cada vez mais distante das instâncias inquisitórias. O aspecto de “dirimir dúvida sobre ponto relevante” deve ser objeto de preocupação das partes, e não de quem vai julgar. Se se antecipa, no tempo, a inconstitucionalidade de todo o art. 156 do CPP, a permissão de o juiz dirimir dúvida sobre ponto relevante parece o absurdo aos ouvidos de um processo regido sob o manto do sistema acusatório, com os resguardos constitucionais respeitados.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2021.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, pp. 103-115, jul./set. 2009.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³⁸ Nesse sentido, é a expressão de BADARÓ: “Em suma, o sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar ‘ex officio’ a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2021, pp. 107-108).

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, pp. 141-153, jul./set. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso De Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da; e KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014.

SOUZA, José Francisco Fischinger Moura de. **Juiz criminal: do garantidor ao inquisidor? A distinção entre normatividade e efetividade em uma abordagem dos papéis do juiz no processo penal brasileiro**. 2004. 406 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2004.

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE. 156, II, CPP: DEBATE ABOUT THE JUDICIAL ACTIVITY "EX OFFICIO" IN CRIMINAL PROCEDURAL MATTERS DURING THE JUDICIAL PHASE, WHEN TO "RESOLVE DOUBTS ABOUT RELEVANT POINT" (!)

ABSTRACT

The present study aims to analysis the (un)constitutionality of the 156 article, inc. II, of the Penal Process Code, based on the guidelines of the Acusatory Sistem inserted in our legal sistem by the 1988's Federal Constitution debating, therefore, the role of criminal judge in the

instruction, in the Democratic State of Law, and the aspects of determination, during the judicial process of criminal proceedings and of the realization of steps that will serve to solve any doubts regarding relevant points, confronting founding principles and rulers of the Brazilian criminal process, such as the principle of due process in criminal law, impartiality of the judge, presumption of innocence, *in dubio pro reo* and the search for real truth *versus* procedural truth.

Keywords: Penal Process. Criminal Instruction. Criminal Judge. Criminal Procedure Principles. Procedural Systems.