

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 156, II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INCONFORMIDADE COM SISTEMA ACUSATÓRIO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 156, II OF THE PENAL PROCEDURE CODE AND ITS NON-COMPLIANCE WITH THE ACCUSATORY SYSTEM

Renata Esteves FURBINO¹

Lucas do Carmo Borges VASCONCELOS²

¹Faculdade de Minas, FAMINAS-BH, Graduação em Direito.

E-mail: lucas.lcbv@gmail.com

²Faculdade de Minas, FAMINAS-BH, Professora Orientadora

E-mail: renata.furbino@professor.faminas.edu.br

Resumo

A dúvida sobre a limitação da atuação do juiz no processo penal é antiga e ainda suscita bastante discussão doutrinária. Este trabalho tem como objetivo apresentar os motivos pelos quais acreditamos ser inconstitucional o Art. 156, II do Código de Processo Penal (CPP), que autoriza o juiz a realizar a produção de provas de ofício. Para isso, foram realizadas pesquisas acerca dos sistemas processuais penais, bem como a função das partes no processo penal e a quem é devida a carga probatória. Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico, tendo como base artigos e livros de pesquisadores sobre o tema. Constatou-se que, apesar de alguns aplicadores da lei e uma pequena parte da doutrina acreditarem ser possível que o magistrado, em certos casos, produza a prova de ofício, tal atitude por parte do julgador não está em conformidade com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e tampouco está alinhada com os princípios constitucionais presentes na Constituição de 1988.

Palavras- chave: Acusatório. Inquisitório. Prova. Inconstitucionalidade. Juiz.

Abstract

The doubt regarding the limitation of the judge's role in criminal proceedings is ancient and still sparks considerable doctrinal discussion. This work aims to present the reasons why we believe Article 156, II of the Criminal Procedure Code (CPP), which authorizes judges to produce evidence ex officio, is unconstitutional. To achieve this, research was conducted on criminal procedural systems, as well as the role of the parties in criminal proceedings and the allocation of the burden of proof. The bibliographic method was used, relying on articles and books by researchers on the topic. It was found that, despite some legal practitioners and a small portion of doctrine believing that judges can, in certain cases, produce evidence ex officio, such an approach by the judge is not in line with the procedural system adopted by Brazilian law and is also inconsistent with the constitutional principles enshrined in the 1988 Constitution.

Key- word: Accusatory. Inquisitorial. Evidence. Unconstitutionality. Judge.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como seu principal objetivo demonstrar se o art. 156, II do Código de Processo Penal é (in)constitucional. Partindo do princípio de que o sistema processual brasileiro é o acusatório, esse artigo está em conformidade com tal sistema?

A abordagem do tema é relevante, uma vez que a atuação do juiz no processo penal, respeitando os limites da legalidade, é de suma importância para que se tenha um procedimento dentro das regras do devido processo legal.

Para responder se o artigo em comento está de acordo com o sistema acusatório, foram realizadas pesquisas bibliográficas acerca de alguns temas que servirão de alicerce para confirmar a hipótese de pesquisa.

Em um primeiro momento, a pesquisa abordará os principais sistemas processuais existentes: o acusatório e o inquisitório. Serão apresentadas suas características mais marcantes, apontando as diferenças entre ambos. Também foi objeto do estudo a função do Ministério Público e do juiz no processo penal, abordando os limites de atuação de cada órgão. Outro assunto importante estudado foi a prova no processo penal. Nesse sentido, buscamos trazer, por meio da pesquisa bibliográfica, qual a sua definição e qual é sua função perante o processo penal e, também, a quem é devida a sua produção.

Por fim, nos aprofundamos um pouco mais no artigo 156, II do CPP, abordando sua incompatibilidade com o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e a violação ao devido processo legal quando se autoriza a atuação do magistrado de ofício na produção de provas.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS:

É importante que em um primeiro momento se faça uma breve conceituação do que são sistemas processuais penais, para podermos adentrarmos na análise sobre o sistema acusatório e o sistema inquisitório.

Leciona Paulo Rangel que:

Sistema processual penal é conjunto de princípios e regras constitucionais e processuais, de acordo com o regime político de cada Estado, que estabelece as

diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto (RANGEL, 2009, p. 182).

Desse modo, o Estado vai se portar frente ao Acusado, frente à ação penal, buscando a aplicação do direito material conforme o sistema que o País adote. Portanto, para esse estudo, nos propomos a discorrer apenas sobre os dois sistemas acima citados (acusatório e inquisitório), assim, excluindo do presente estudo o chamado sistema misto

2.1 Sistema Acusatório

Em que pese o sistema Acusatório ter nascido na Inglaterra, após a invasão normanda realizada por Guilherme, o conquistador, a construção desse novo sistema se deu no reinado de Henrique II, que governou a Grã-Bretanha de 1154 a 1189.

Com o passar do tempo, o sistema sofreu algumas alterações, porém suas características mais marcantes tenderam a prevalecer, a saber: as regras do processo eram gerais; a disputa entre acusação e defesa tendia a ser leal; havia paridade de condições entre os envolvidos. E o essencial, se faz necessário descrever, nas palavras do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sistema é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de Sistema Acusatório e, a partir desse padrão, domina boa parte dos sistemas processuais penais do mundo (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 06).

Para que possamos ilustrar o sistema denominado acusatório, podemos utilizar as palavras do advogado Thiago Hélio Martins Cunha, quando diz que o “[...] sistema acusatório tem a formação de uma relação triangular em que se distingue a figura do acusador, do defensor e do órgão julgador” (CUNHA, 2018).

Dessa maneira, as partes que fazem parte do processo penal em uma sociedade que adota o sistema acusatório têm as suas funções delimitadas: função de acusar: órgão acusador, função de defender: defesa, função de julgar: juiz (imparcial).

É importante destacar que o juiz é um ser imparcial no jogo processual, a ele são direcionadas as provas que são produzidas pelas partes (acusação e defesa).

Nesse modelo de sistema processual, o juiz é livre para apreciar as provas que são apresentadas perante ele, desde que de forma fundamentada. Não se conforma ao modelo o juiz que procura qualquer tipo de prova. Ora, se ele não é parte e não busca provar nada, sua função no processo é garantir a ordem e julgar de acordo com as provas que estiverem à sua disposição.

Nas palavras do Doutrinador Aury Lopes Jr. “O processo penal acusatório caracteriza-se, pela clara separação entre juiz e partes, que deve se manter assim ao longo de todo o processo, para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório.” (JR., 2022, p. 47).

Diante disso, fica evidenciado que em um sistema acusatório são respeitados os direitos e garantias das partes, com a plena separação das funções dos sujeitos que compõem o processo penal, garantindo assim o contraditório, a ampla defesa e, sobretudo, a imparcialidade do juiz que decidirá com base no que foi produzido pelas partes ao longo da marcha processual, sem se deixar contaminar por um instinto investigador que busca provar algo.

2.2 Sistema inquisitório

Para Aury Lopes Jr., a inquisição que surgiu ao longo dos séculos XI e XII, no seio da igreja católica espanhola que é o principal modelo processual inquisitório para estudo (LOPES JR., 2024, p. 199).

Nesse período, o Tribunal da inquisição era utilizado para a repressão as doutrinas hereges e perseguição as pessoas que eram consideradas desviantes da fé e prática religiosa. Tal modelo surge após ao “acusatório privado”, que era onde pessoas da sociedade tinham a prerrogativa de exercer a persecução criminal, a partir desse momento o Estado toma para si o poder de reprimir os delitos.

Com isso, trouxe à tona as características de um sistema inquisitório: Como o fato da centralização do poder nas mãos de uma só pessoa – o Juiz inquisidor, pois era ele quem acusava, quem produzia as provas e depois iria julgar valorando as provas que ele mesmo havia produzido.

Nesse mesmo sentido, é importante transcrever as palavras do Professor Aury Lopes Jr:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O Juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existe mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz (LOPES JR., 2024, p. 200).

E conclui o Mestre:

O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, só ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório um “desamor” total pelo contraditório (LOPES JR., 2024, p. 200).

Além disso, no sistema inquisitório, a confissão era considerada a principal prova, pois uma vez que o réu confessasse a prática do suposto delito, não era necessária a produção de qualquer outro tipo de prova. Foi nesse contexto que surgiu a tortura, que tinha como objetivo obter essa confissão. Com a obtenção dessa confissão por parte do acusado, o Estado já tinha o que precisava para aplicar a pena.

A respeito das torturas que eram utilizadas como meio de obtenção de provas, é relevante citar o que Felipe Martins Pinto menciona sobre o tema, especialmente quando se refere ao que os defensores da tortura afirmavam:

[...] com a tortura a confissão brotava quase espontaneamente dos lábios dos imputados, cujas carnes vinham dilaceradas por rodas dentadas, torquesas e outros instrumentos do suplício (PINTO, 2012, p.20).

Diante disso, podemos concluir que o sistema inquisitório vai na contramão de uma sociedade que tem como base a democracia, em que os direitos mínimos de um acusado são garantidos. Como afirma Aury Lopes Jr., “[...] o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação” (LOPES JR., 2024, p. 200).

3. PROVA NO PROCESSO PENAL

De todos os elementos que fazem parte de um processo a prova se não for o mais importante com certeza está entre eles, por isso, é de suma importância o estudo acerca das provas no processo penal.

Para Badaró, a prova é o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou não de fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

Acerca da finalidade da prova, Guilherme de Souza Nucci leciona que sua finalidade é convencer o juiz de um fato litigioso (2024, p. 409).

Então, seguindo os ensinamentos dos renomados doutrinadores, podemos concluir que a prova é a fonte de onde o julgador irá tirar suas conclusões acerca da ocorrência ou não do fato criminoso, se o acusado teve ou não participação no delito a ele imputado, e se no caso sob análise está presente alguma das causas que excluem a antijuridicidade. Logo, a decisão a ser tomada pelo magistrado está ligada diretamente às provas que são apresentadas a ele.

Ademais, sendo a prova o elemento que busca trazer veracidade aos acontecimentos narrados pelas partes, é importante que se saiba a quem cabe o ônus de produzir as provas, ou em outras palavras, quem tem a obrigação de provar aquilo que está alegando.

Com o indiciamento do investigado ao fim do inquérito policial (que não é objeto da presente pesquisa), os elementos ali carreados são destinados ao Ministério Público para que, valendo-se de suas atribuições legais, ofereça ou não a denúncia.

Caso ofereça a denúncia, o representante do MP irá narrar que houve a prática de um determinado crime e, se não visualizar nenhuma das causas que excluem a antijuridicidade, irá ao final pleitear a condenação do acusado. Se a inicial acusatória for aceita pelo juízo competente, terá início a ação penal. Diante disso, cabe ao MP, que é o titular da ação penal, provar tudo aquilo que alegou em sua denúncia.

O Promotor de Justiça José Francisco Cagliari, em sua obra "Prova no Processo Penal", cita os ensinamentos de Tourinho Filho, que diz:

se, por acaso, a defesa arguir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a defesa alegar a extinção da punibilidade (FILHO, 2004, *apud* CAGLIARI, s/d, p. 427).

Diferente é o pensamento do doutrinador Aury Lopes Jr. Se não, vejamos:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência) ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador

é provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação (LOPES JR., 2022, p. 427).

E conclui o renomado autor sobre o tema:

Então, tanto pela compreensão da regra para o juiz como também pela dimensão de atribuição exclusiva da carga probatória ao acusador, se o réu aduzir a existência de uma causa de exclusão de ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe (através de prova positiva) (LOPES JR., 2022, p. 428).

Portanto, e com o máximo respeito à doutrina que difere dos ensinamentos do Professor Aury Lopes Jr., é com ele que concordamos. Além do mais, ao acusado aplica-se a presunção de inocência, que só será vencida quando, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restar demonstrada a culpabilidade do acusado. E acerca da presunção de inocência, o professor Aury continua a nos ensinar que, por ser o imputado presumidamente inocente, ele não tem o dever de provar nada; é o acusador que tem o papel de destruir tal presunção, “[...] sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução” (LOPES JR., p. 425).

É de suma importância que fique claro que o réu pode experimentar alguns “riscos” em sua defesa quando tem a oportunidade de provar algo que ele alegou em seu favor, mas prefere não se utilizar de tais provas. Para isso, iremos nos valer mais uma vez das palavras do Mestre Aury Lopes Jr. quando diz:

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável... Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável (LOPES JR., 2022, p. 423).

Desse modo, a conclusão que nos parece ser a mais acertada é que a prova no processo penal deverá estar a cargo do acusador, já que é Ele que é o primeiro a falar no processo se valendo da denúncia, onde irá narrar os fatos da maneira como acredita que ocorreram, com isso traz para si o dever de provar tudo aquilo que está alegando. Cumpre mencionar mais uma vez que o acusado poderá sim fazer prova de algo que tenha alegado, porém não tem obrigação, irá fazer se assim entender

melhor. Assim, a prova ficará a cargo das partes (na esmagadora maioria a cargo do acusador), e nunca nas mãos do Juiz.

Por fim, é necessário trazeremos o que será considerado como prova nas palavras do Professor Aury: “[...] somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição de demais regras do devido processo penal” (LOPES JR., 2022, p. 423).

4. Função do Ministério Público no processo penal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I, estabelece como função do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Além disso, o Ministério Público é um órgão independente, conforme exposto no artigo 127, § 1º, da CF/88. Já o § 2º desse mesmo artigo afirma que ao Ministério Público é assegurada sua autonomia funcional e administrativa.

Desse modo, podemos perceber que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de órgão independente e, dentre suas várias funções, uma é a de ser o titular da ação penal pública. Por ser o órgão ministerial, ressalvadas algumas raras exceções, é ele quem vai iniciar a ação penal pública, atuando de maneira ativa durante toda a persecução penal em busca de comprovar a pretensão acusatória.

Por ser o órgão que detém a legitimidade para propor a ação penal pública, o Ministério Público, após a fase de investigação, que é realizada na maioria das vezes pela polícia judiciária, irá analisar se há elementos suficientes que justifiquem o oferecimento da denúncia. Se entender que não existem, no caso concreto, tais elementos, o Ministério Público ordenará o arquivamento do inquérito policial.

Para melhor compreensão do que se quer dizer quando falamos em legitimidade processual é útil a transcrição das palavras do Promotor de Justiça Valter Foletto Santim em **“A legitimidade do Ministério Público no processo penal”**:

A legitimidade processual diz respeito à capacidade de estar em Juízo, em nome do Estado, titular do direito material e de ação. O Estado conferiu ao Ministério Público o encargo do exercício das pretensões punitiva e executória estatais. Qual a dimensão da incumbência constitucional de promover privativamente a ação penal pública? Inegavelmente, o oferecimento de denúncia criminal, a participação na instrução judicial, a produção de provas, as alegações e apresentação de recursos

e suas respostas são privativas do Ministério Público. Nenhuma outra instituição estatal pode assumir quaisquer dessas atividades (SANTIM, 2003).

Nesse sentido, observa-se que, por ser o autor da ação penal pública, cabe ao Ministério Público, dentro dos limites legais, agir de maneira ativa durante todo o andamento da persecução penal. Como uma das partes que compõem o processo penal, tem o dever não só de iniciar a ação penal por meio da denúncia, mas também de participar da instrução judicial, produzir provas, entre outras funções mencionadas por Valter Foletto Santim.

Podemos concluir que tais atribuições são exclusivas do Ministério Público, não podendo o órgão julgador assumi-las, pois são inerentes e exclusivas aos membros do Parquet, conforme os deveres atribuídos ao órgão acusador pela Constituição Federal de 1988. Assim, qualquer tentativa de invadir as atribuições do Ministério Público será inconstitucional.

5. A função do Juiz no processo penal

O juiz como órgão do poder judiciário (art. 92, CRFB/88) é o representante do Estado que tem a função exercer a jurisdição. Nesse sentido, cabe juiz criminal a função de promover à regularidade do processo e manter a sua ordem (art. 251, CPP/41).

Segundo o professor Guilherme Nucci, a função do juiz é de:

aplicar o direito ao caso concreto, provido que é do poder jurisdicional, razão pela qual, na relação processual, é sujeito, mas não parte. Atua como órgão imparcial, acima das partes, fazendo atuar a lei e compondo os interesses do acusador e do acusado (NUCCI, 2023, p. 349).

Com a adoção do sistema acusatório pelo Estado Brasileiro (art. 3-A, CPP), fica evidenciado que a função do acusador e julgador não se misturam, cada um tem a sua função devidamente delimitada no processo penal.

Nesse sentido, ensina o professor Aury que cabe ao Ministério Público exercer a pretensão acusatória, e ao juiz, se acolhendo a acusação cabe exercer o poder de punir.

Esse é o entendimento ao qual aderimos, e acreditamos que para ser possível que o juiz exerça o poder de punir de maneira correta, é preciso que ele seja imparcial diante do caso que irá julgar.

A imparcialidade do juiz no processo penal é um dos requisitos mais importantes para a realização de um julgamento justo e conforme os ditames legais. Como o julgador não possui interesse na ação penal, ele não deve lutar pela condenação ou absolvição do acusado, mas sim se empenhar em realizar um julgamento coerente por meio da análise dos elementos de convicção que lhe são apresentados pelas partes.

O professor Aury Lopes Jr. Adverte que a imparcialidade é um “princípio supremo do processo”, e é imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do resultado judicial justo.

Sendo assim, ao nosso entendimento também é “função” do Magistrado zelar pela sua imparcialidade, exercendo as suas atribuições respeitando as características de um sistema acusatório, sobretudo, não violando os limites impostos pela Constituição.

É importante mencionar que quando o art. 251, do CPP atribuiu ao juiz a função de prover à regularidade do processo e manter sua ordem, acreditamos que o legislador deixou a cargo do magistrado o dever de garantir que todo o caminho do processo criminal seja percorrido dentro da legalidade, assim, garantindo os direitos constitucionais de todas as pessoas que dele fazem parte.

Enfim, cabe ao juiz zelar pela aplicação da lei, seja para condenar, ou absolver qualquer uma das partes que compõem o processo criminal.

Como acima mencionado, o Juiz não é parte no processo e não tem por ele nenhum interesse, nesse contexto nasce também a função que tem o Magistrado de ser inerte, e não atuar de ofício, uma vez que para ser exercido o poder que detém o Juiz é preciso que antes ele tenha sido invocado pela parte competente (LOPES JR., 2024, p. 295).

Acerca das limitações do juiz no processo penal o professor Aury Lopes Jr. diz:

Como explica J. Goldschmidt³¹¹, no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte desse modo em um litígio, e o exame do processado não tem outro significado que o de outorgar audiência. Parte do enfoque de que a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão (LOPES JR., 2024 p. 214, 215).

Nesse sentido, entendemos que para que o juiz no processo penal exerça a sua função da forma correta ele não poderá tomar para si as atribuições que são destinadas as partes, uma vez que todos que fazem parte do processo de alguma forma tem na lei suas funções determinadas, e ao juiz é atribuído como dito anteriormente o dever de zelar pela aplicação da lei.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 156, II DO CPP

De início, cumpre mencionar que o artigo 156, II foi declara constitucional, quando em 23/08/2023 os Ministros do Supremo Tribunal Federal ao realizarem o julgamento acerca da constitucionalidade dos dispositivos que foram trazidos ao Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime (lei 13.964/2019) entenderam que o artigo 156, II está de acordo com o princípio acusatório:

Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin. (MIGALHAS, 2023).

Sendo assim, para o STF pode o juiz agir de ofício e determinar a produção de provas que não tenham sido postuladas pelas partes. Com o devido respeito, a posição adotada pelo STF não é a mais acertada.

É verdade que a Constituição de 1988 não estabeleceu explicitamente em nenhum de seus dispositivos que o Brasil adotaria o sistema processual acusatório. No entanto, como salienta o procurador de justiça Fernando Capez, em um artigo publicado na Conjur, é evidente a opção pelo processo penal acusatório:

A opção pelo processo penal acusatório fica muito bem evidenciada na Constituição Federal de 1988 ao prever como princípios garantidores e inerentes ao Estado democrático de Direito as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII, 1988). <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/>

Dessa forma, mesmo que de maneira implícita, a Constituição já indicava que o sistema a ser adotado no processo penal brasileiro é o acusatório, uma vez que todos esses princípios mencionados anteriormente são características desse sistema. No entanto, devido à ausência de uma disposição literal estabelecendo o sistema acusatório, ainda havia uma grande resistência por parte dos operadores do direito quanto à sua aplicação na prática. Para superar essa resistência, o Pacote Anticrime introduziu no Código de Processo Penal o Art. 3-A, que diz:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (BRASIL, 1941).

Agora fica evidente, de forma literal, que o processo penal terá uma estrutura acusatória. Um ponto importante a ser mencionado é que tal dispositivo é proveniente de uma lei federal (CPP), de modo que deve estar em plena conformidade com a CF/88. Ao analisar o presente artigo à luz da Constituição, não se observa nada que possa ser considerado inconstitucional.

Mas porque entendemos ser o artigo 156, II do CPP inconstitucional e incompatível com o sistema acusatório? Tentar responder essa pergunta é o problema central e mais importante dessa pesquisa.

Diz o presente artigo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I –
II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Ao analisarmos o disposto nos artigos 3-A e 156, II do CPP, podemos perceber que eles não podem coexistir no mesmo ordenamento jurídico. O primeiro, mais recente e incorporado pela Lei 13.964/2019, veda a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, enquanto o segundo, mais antigo e com traços inquisitoriais, permite que o juiz realize diligências para esclarecer suas dúvidas. Fica evidente que são incompatíveis.

Sobre o que pode ser considerada essa “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, discorre o Professor Aury:

A nosso juízo, toda e qualquer iniciativa probatória do juiz, que determinar a produção de provas de ofício, já representa uma “substituição” da atuação probatória do julgador” (LOPES JR., 2024 p. 225).

Sendo assim, quando se permite que o magistrado determine a produção de provas sem ser provocado, sua função de julgar se mistura com a função da acusação, que é quem tem o dever de produzir prova no processo penal. Isso gera o acúmulo de funções nas mãos do juiz, característica de um sistema inquisitório.

Além disso, ao se autorizar que o magistrado tenha iniciativa probatória, coloca-se em xeque sua imparcialidade, que é um princípio do processo penal e um elemento imprescindível para que a ação penal em curso esteja dentro das regras de um devido processo legal constitucional.

Mais uma vez são importantes as palavras do professor Aury, para que possamos compreender como a produção de provas por parte do juiz interfere diretamente em sua imparcialidade, vejamos:

É evidente que o recolhimento da prova por parte do juiz antecipe a formação do juízo... O juiz, ao ter iniciativa probatória, está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. Mais do que uma “inclinação ou tendência perigosamente comprometedora”, trata-se de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador. Nessa matéria, não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor (LOPES JR., 2024, p. 220).

Dessa forma, o juiz, ao julgar o caso em que determinou a produção de provas de ofício, estará profundamente envolvido com elas. Ao ordenar a sua produção, fica implícito que, para ele, essas provas são necessárias para a realização do julgamento, comprometendo sua imparcialidade. Por oportuno, cumpre mencionar que todos os acusados são presumidos inocentes, conforme esculpido no Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É certo que, para que sobrevenha tal sentença, o órgão acusador deverá comprovar a culpabilidade do acusado. Caso não logre êxito em efetivar tal comprovação e o magistrado ainda tenha algum tipo de dúvida, deverá absolver o acusado em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

Ademais, se percorrida toda a instrução criminal o Ministério Público não conseguir produzir nenhuma prova capaz de convencer o magistrado acerca da

culpabilidade do réu pelos fatos narrados na denúncia, o juiz deverá absolver o acusado com base no Art. 386, VII do CPP. Que diz:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941)

Diante disso, fica evidente que, se o magistrado ainda tiver alguma dúvida referente ao caso sob seu julgamento, ele pode e deve absolver o acusado com base nos argumentos acima mencionados. O que não pode é o juiz, valendo-se de sua "dúvida", agir como parte no processo e tomar para si as atribuições do órgão acusador ou mesmo da defesa.

Portanto, entendemos que o Art. 156, II, é inconstitucional e incompatível com um ordenamento jurídico que adote o sistema acusatório, como é o caso do Brasil. Esse dispositivo traz consigo traços de um juiz inquisidor, que acumula funções, não é imparcial e vai contra as características do devido processo legal.

7. CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou compreender e problematizar o leitor sobre os problemas causados pela atuação de ofício do juiz na produção de provas na instrução criminal, bem como os motivos pelos quais tal atitude por parte do julgador não está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, acredita-se que apesar de ser um tema ainda controverso, este estudo conseguiu trazer diversas contribuições para o meio acadêmico.

Para tanto, acreditamos que os objetivos traçados para a presente pesquisa foram alcançados, uma vez que conseguimos demonstrar que, em um sistema processual penal acusatório- que foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro: Art. 3º-A do CPP- a característica mais marcante é exatamente a separação das funções entre as partes, não havendo o acúmulo de funções do órgão acusador.

Também ficou demonstrado que o papel do juiz no processo penal é garantir a o fiel cumprimento do devido processo legal e exercer seu poder de julgar com base nas provas produzidas pelas partes que integram o processo. Nesse sentido, ficou demonstrado que é dever do Ministério Público realizar a produção das provas, pois

será por meio das dessas provas que o órgão acusador tentará convencer o julgador da veracidade de suas alegações.

Ademais, quanto ao papel da defesa na produção das provas, ficou demonstrado que ela pode sim agir visando à sua produção, porém, isso não passa de uma faculdade, ou seja, a defesa produzirá provas se as entender necessárias para sua defesa. Mas não tem obrigação, já que o acusado deverá ser tratado como inocente, e essa presunção só será afastada caso o órgão acusador consiga demonstrar de forma clara e dentro dos limites legais a sua responsabilização penal.

Com isso, foi possível demonstrar que o Art. 156, II do CPP é inconstitucional. Pois, em um ordenamento jurídico que tenha estrutura acusatória, o juiz não pode agir na produção de provas para sanar qualquer dúvida que tenha. Ora, se o órgão acusador teve todo o curso do processo para provar a culpabilidade do acusado e não conseguiu, o juiz já sabe o que deve fazer: absolver o acusado, seja por força do in dubio pro reo ou pelo Art. 386, VII, do CPP.

8. Referências

BADARÓ, Gustavo, *Processo Penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal/>

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 mai. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2024.

CAGLIARI, José Francisco. *Prova no Processo Penal*. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2038.pdf>.

CAPEZ, Fernando. *Sistema acusatório e garantias do processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/>>. Acesso em: 30 abr. 2024.

CUNHA, Thiago H. Martins da. *O Sistema Processual Penal Acusatório: Uma análise a partir dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<https://thiagocunhadireito.jusbrasil.com.br/artigos/617565837/o-sistema-processual-penal-acusatorio-...>>

FILHO, Tourinho. *Prática de Processo Penal*. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Juiz das garantias: Para STF, apenas 3 de 26 itens são constitucionais. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/392428/juiz-das-garantias-para-stf-apenas-3-de-26-itens-sao-constitucionais>>. Acesso em: 30 abr. 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica* / Aury Lopes Jr. Imprensa: São Paulo, Saraiva jur., 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Pulo - SP: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. [s.l: s.n.]. *Sistema acusatório cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p103.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 08 mai. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTIM, Valter Foletto; PROMOTOR DE JUSTIÇA-SP, S. *A legitimidade do Ministério Público no processo penal (*)*. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2003.pdf>. Acesso em: 01 maio 2024