



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS III - GUARABIRA  
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO FURTADO DE MACÊDO FILHO

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA  
ACUSATÓRIO: ART.156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA  
IN(CONSTITUCIONALIDADE)

**Guarabira PB**

**2023**

ANTÔNIO FURTADO DE MACÊDO FILHO

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA  
ACUSATÓRIO: ART.156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA  
IN(CONSTITUCIONALIDADE)

ORIENTADOR: Prof. Me. GLAUCO COUTINHO MARQUES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Coordenação do Curso de Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito Processual Penal.

**GUARABIRA**

**2023**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M478p Macêdo Filho, Antônio Furtado de.  
O princípio da verdade real e o papel do juiz no sistema acusatório [manuscrito] : art. 156, I do código de processo penal e sua in(constitucionalidade) / Antônio Furtado de Macêdo Filho. - 2023.  
20 p.  
  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2023.  
"Orientação : Profa. Ma. Glauco Coutinho Marques, Coordenação do Curso de Direito - CH. "  
1. Constituição. 2. Ônus da prova. 3. Verdade real. 4. Sistema acusatório. 5. Juiz. 6. Imparcialidade. I. Título  
21. ed. CDD 345.05

**ANTÔNIO FURTADO DE MACÊDO FILHO**

**O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO:  
ART.156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA IN(CONSTITUCIONALIDADE)**

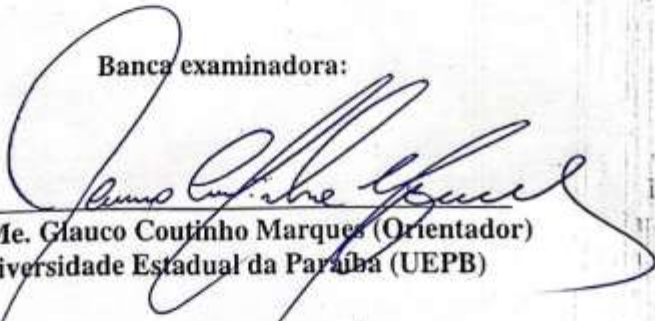
Trabalho de Conclusão do Curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito indispensável à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

**Aprovada em: 29/06/2023.**

O PRINCÍPIO DA  
ART.156, I DO

**Banca examinadora:**

  
Prof. Me. Glauco Coutinho Marques (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
Prof. Dra. Michelle Barbosa Agnoletti  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
Prof. Dr. Herry Charriery da Costa Santos  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Aprovada em: 29/06/2023

Agradeço a Deus e aos que sempre me apoiaram, os meus pais Antônio e Ondina (in memoriam). As que me apoiam e estão ao meu lado, Márcia e Olívia (esposa e filha), e ao meu orientador Prof. Me Glauco Coutinho Marques pelas orientações, apoio e cordialidade.

“A verdade é o ponto de vista de  
cada um.”

Friedrich Nietzsche

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO .....	09
2.	SISTEMA ACUSATÓRIO .....	10
3.	“VERDADE REAL” OU “BUSCA DA VERDADE” NO PROCESSO PENAL. ....	11
4.	A VERDADE NO PROCESSO PENAL E A “FIGURA <i>DO JUIZ-ATOR</i> ” .....	12
5.	CONCLUSÃO .....	17
6.	REFERÊNCIAS .....	18

# O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO: ART.156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA IN(CONSTITUCIONALIDADE)

Antônio Furtado de Macêdo Filho

**RESUMO-** O presente estudo faz uma análise da (in)constitucionalidade do controverso art. 156, I do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/2008, que em seu inciso I confere ao magistrado poderes para ordenar a produção de provas *ex officio* mesmo antes de iniciada a ação penal, tendo como justificativa o respeito ao princípio da verdade real. Para uma parte da doutrina, com o advento do supracitado artigo, o juiz passa a ter um papel supletivo ao órgão acusador quanto a produção de provas, criando nesse caso uma “cultura inquisitiva”, já que no sistema acusatório o juiz não é parte no processo, cabendo as partes o *onus probanti*. Não cabe ao presente estudo indicar o modelo de processo penal adotado pela nossa Constituição, mas identificar a consonância do dispositivo supracitado com o modelo por ela adotado, o Acusatório. Portanto, passando pelos ditames do sistema acusatório, entre eles o da divisão dos órgãos com a função de julgar, acusar e defender; e com a observância do princípio da verdade real no processo penal e o supracitado dispositivo, busca-se identificar se o órgão julgador suplanta ou não a função do órgão acusador ou das partes no encargo da produção de provas, já que no sistema acusatório o ônus da prova atribui-se as partes. Neste sentido, o presente estudo busca apontar a constitucionalidade ou não do art. 156, I do Código de Processo Penal através da análise das divergências doutrinárias quanto ao conflito existente entre a figura do *juiz-ator* e os ditames do modelo acusatório adotado pela nossa Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Ônus da prova. Verdade real. Sistema acusatório. Juiz. Imparcialidade.

**ABSTRACT-** This study analyzes the (un)constitutionality of the controversial art. 156, I of the Code of Criminal Procedure, amended by Law nº 11.690/2008, which in its item I grants the magistrate powers to order the production of *ex officio* evidence even before the initiation of criminal proceedings, with the justification of respect for the principle of real truth. For a part of the doctrine, with the advent of the aforementioned article, the judge starts to have a supplementary role to the accuser body regarding the production of evidence, creating in this case an “inquisitive culture”, since in the accusatory system the judge is not a party to the process, with the parties bearing the *onus probanti*. It is not for the present study to indicate the model of criminal procedure adopted by our Constitution, but to identify the consonance of the aforementioned device with the model adopted by it, the Accusation. Therefore, going through the dictates of the accusatory system, including the division of bodies with the function of judging, accusing and defending; and with observance of the principle of real truth in criminal proceedings and the aforementioned device, we seek to identify whether or not the judging body supplants the role of the accusing body or the parties in charge of producing evidence, since in the accusatory system the burden of proof is attributed to the parties. In this sense, the present study seeks to point out the constitutionality or not of art. 156, I of the Code of Criminal Procedure through the analysis of doctrinal differences regarding the existing conflict between the figure of the judge-actor and the dictates of the accusatory model adopted by our Constitution.

**KEYWORDS:** Constitution. Burden of proof. Real truth. accusatory system. Judge. Impartiality.



## 1 INTRODUÇÃO

Com a advento da Constituição Federal de 1988, há um redimensionamento do Código de Processo Penal; onde com ela (Carta Magna) emerge um sistema de garantias individuais dispostos no seu art. 5º, bem como, na incorporação de diversos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pato de São José da Costa Rica, permitindo dessa forma a construção ou a busca de um novo modelo de Código de Processo Penal (garantista).

Nesse rol de mudanças implementadas pela Constituição Federal de 1988, o nosso ordenamento jurídico passa a adotar o sistema acusatório, o qual, separa de forma absoluta as funções de julgar, acusar e defender; sendo acusação e defesa as partes do processo, devendo o julgador manter-se equidistante das mesmas, o qual, não deve suplantar as suas atribuições; no caso específico do presente estudo, o ônus da prova.

Contudo, com a promulgação da Lei 11.690/08 que entre outros dispositivos alterou o art. 156 do Código de Processo Penal com o acréscimo de incisos, entre eles o inciso I; ampliou-se uma problemática que envolve a discussão sobre a (in)constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais que criam a “figura” do “juiz-ator”; caso do citado artigo e inciso que faculta ao juiz “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Há nesse caso uma ampliação da capacidade do ônus da prova, facultando-se ao juiz não só o encargo de ordenar a produção de provas *ex officio* durante a ação penal, como também, antes de iniciada a mesma.

Este é o ponto de partida e chegada do presente estudo, já que a nossa Constituição é notoriamente garantista, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Desse modo, analisar-se-á através do dispositivo infraconstitucional (art. 156, I do Código de Processo Penal) a possibilidade de violação e conflito com o texto constitucional, já que para parte da doutrina há o entendimento de que ampliar o ônus da prova ao órgão julgador violaria o texto constitucional em diversos direitos e garantias fundamentais; bem como, violar-se-ia o princípio do juiz imparcial e equidistante, que são princípios basilares do sistema acusatório, modelo de processo penal adotado pela nossa Constituição.

Destarte, com base na análise do princípio da verdade real e do ônus da prova no processo penal, bem como, no previsto na redação do art. 156, I do Código de Processo Penal; buscar-se-á através do objetivo geral analisar a (in)compatibilidade do juiz ordenar *ex officio* a produção de provas em consonância com o texto constitucional; e através dos objetivos específicos 1 – observar os efeitos da ampliação do ônus da prova e a sua consonância ou não com a conseqüente necessidade de equidistância do juiz das partes no processo; 2 – identificar haver (in)compatibilidade da citada norma infraconstitucional com o princípio da imparcialidade do juiz e 3 – buscar analisar a aplicabilidade ou não do referido artigo em consonância com o sistema acusatório.

Quanto a metodologia, a pesquisa foram realizadas de forma qualitativa, através da revisão narrativa, análise dos textos selecionados através da pesquisa bibliográfica da doutrina recente, utilizando os métodos analítico e dedutivo. E quanto ao tema, o mesmo tem relevância jurídica, já que trata de uma discussão bastante atual, inclusive com o advento da já citada Lei nº 11.690/08 que alterou o art. 156 do Código de Processo Penal, ampliando a capacidade instrutória do juiz, cabendo ao

presente estudo analisar os limites dessa tênue linha que divide um juiz imparcial do chamado *juiz-ator*, que atua como parte no processo.

## 2. SISTEMA ACUSATÓRIO

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, é considerada um marco, inaugurando o período democrático no processo de redemocratização do Brasil; instaurando um sistema de garantias individuais, presentes no rol de direitos do art. 5º, integrado a diversos documentos internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico ao longo do tempo, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no Brasil desde 1992, com a promulgação do Decreto 678/1992; considerado um dos pilares dos direitos humanos no Brasil.

Entre o rol de direitos garantidores presentes no art. 5º da Constituição, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito, estão o devido processo legal, a ampla defesa, a garantia do juiz e promotor natural, o tratamento paritário e equidistante das partes, a presunção de inocência ou não-culpabilidade, entre outros; o que evidencia o modelo de processo penal adotado pela nossa Constituição, o acusatório.

O sistema acusatório caracteriza-se primordialmente por uma tripla separação de funções: acusar, defender e julgar; cabendo ao juiz como sujeito processual, e não parte, manter-se equidistante das mesmas (parte acusação e parte defesa), cabendo a estas o ônus da prova. Portanto, no processo penal acusatório cada sujeito processual tem seu espaço demarcado na constituição de um Estado Democrático de Direito, nos ditames da Teoria do Garantismo na proteção do indivíduo frente o poder estatal; com base na dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos fundamentais, previstos na Constituição.

Em última análise, é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. Lopes Jr., 2017, p. 165.

A antítese do sistema acusatório é o sistema inquisitório, o qual, não separa as funções de julgar, acusar e defender; tornando o acusado em um mero objeto do processo penal, sem direito ao contraditório ou qualquer outra garantia que conduza a um processo justo. Ao mesmo tempo cabe ao juiz a gestão da prova, o qual, detém a “missão” de buscar a verdade real no processo, sendo ele o detentor *lato sensu* da decisão processual, julgando através de suas próprias convicções.

Alguns doutrinadores defendem que o Brasil adota um sistema acusatório que não é puro. Há, segundo essa corrente, um hibridismo entre o constitucional e o processual, resultado da mistura de um Código de Processo Penal inquisitivo e uma Constituição garantista, baseada nos princípios democráticos do sistema acusatório. Para Guilherme Souza Nucci, seria a “junção do Ideal (Constituição Federal) com o Real (Código de Processo Penal)”; sendo neste caso, o nosso sistema misto, ou inquisitivo garantista.

Entre os que discordam desse entendimento, estão Eugênio Pacelli e Aury Lopes Jr., que mesmo concordando que não existem sistemas puros, afirmam que é necessário “*identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório*”, sendo para Lopes Jr. um reducionismo falar apenas em “sistema misto”.

Segundo Lopes Jr. (2019, p.73) “A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”.

Entretanto, o presente estudo não busca debater/analisar qual o modelo de processo penal adotado pela Constituição; tampouco qual a corrente majoritária quanto a essa questão; o que não impede que seja explicitado que mesmo havendo divergências quanto a constitucionalidade do art. 156, I do Código de Processo Penal ante o princípio da verdade real; a doutrina majoritária entende que o sistema acusatório é o modelo adotado pela nossa Constituição, o qual, será nosso paradigma nas discussões seguintes para análise do artigo infraconstitucional supracitado, bem como, a sua conseqüente (in)constitucionalidade.

### 3. “VERDADE REAL” OU “BUSCA DA VERDADE” NO PROCESSO PENAL

É evidente que o direito processual penal lida com fatos mais gravosos, direitos indisponíveis. E nesse ponto, quanto a questão da produção de provas, argumenta-se que o mesmo deve buscar a verdade real dos fatos, através da prova. Portanto, por esta visão, o processo penal deve ir além da verdade formal, buscando aproximar-se ao máximo da realidade ocorrida, verdade material ou real.

Entretanto, diversos doutrinadores, entre eles penalista e civilistas defendem que a busca pela verdade real é inócua, já que a reprodução da verdade pretérita é inatingível, justamente por ter a mesma ficado no passado. Como afirma Didier Jr.:

A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Didier jr, 2015, p 46

Parte da doutrina corrobora que essa distinção entre verdade real e formal está superada; segundo Fernando Capez, 2018, p. 67 “mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, *‘porquanto o que não está nos autos, não está no mundo’*”. Mesmo pensamento de Norberto Avena, o qual, acredita haver apenas uma verdade, tanto no processo civil como no processo penal, devendo ambos sistemas buscarem apenas a verdade, que ao término acabará sendo a verdade formal, como pode ser observado na afirmação do autor.

No entanto, atualmente, esta diferença entre a verdade real e a verdade formal, paulatinamente, vem sendo mitigada, considerando a doutrina moderna que existe apenas uma verdade, devendo esta ser perseguida pelo juiz tanto no processo penal quanto no processo civil, não sendo facultado ao Poder Judiciário contentar-se com uma verdade aparente, que, no fim e ao cabo, é a revelada pela chamada verdade formal. Avena, 2018, p.57.

Contudo, essa mitigação entre verdade real e verdade formal, principalmente a tentativa de equiparar a verdade no processo penal e civil pode ser problemática; já que o direito processual penal lida com fatos mais gravosos, direitos indisponíveis, e por esse motivo não há como se falar em verdade das partes como ocorre no direito processual civil (art. 341, CPC/2015). Um exemplo evidente seria a impossibilidade de condenação de um réu apenas com base na sua confissão, a qual, deverá ser corroborada pela produção de provas, ou seja, mesmo após a confissão do réu,

prevalece o ônus da prova para a acusação, como pode ser observado nas afirmações de Eugênio Pacelli.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material. Pacelli, 2021, p 430.

Uma solução para essa questão da verdade no processo penal, seria a substituição do “*princípio da verdade real*” por “*princípio da busca da verdade*”, como indica Brasileiro, o que viabilizaria a busca da verdade no processo penal em consonância com a Constituição e o modelo de processo por ela adotado (o acusatório), respeitando dessa forma os princípios de um Estado Garantista, que visa proteger o indivíduo dos abusos do poder do próprio Estado, onde a separação das funções de julgar, defender e acusar (ônus da prova) em nada inviabilizaria a estrita consonância com a busca verdade, concretizando desta forma um devido processo penal acusatório. Dito isto, não se trata de uma mitigação da busca da verdade no processo penal, mas da sua busca sem o risco da instauração de um sistema inquisitivo, o qual, seria a própria morte da verdade no processo penal. Quanto a essa questão, afirma Lopes Jr.

O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de instrução” etc. (Lopez Jr., 2017, p. 163.)

Em consonância com o afirmado por Lopez Jr., entende-se pelo presente estudo que a verdade real não pode ser utilizada para criar dispositivos infraconstitucionais inquisitórios, caso do art. 156, I do CPP. Entretanto, parte considerável da doutrina não entende dessa forma, não sendo essa uma questão uníssona, como ver-se-á a seguir.

#### **4. A VERDADE NO PROCESSO PENAL E A “FIGURA JUIZ-ATOR”**

No sistema acusatório a busca pela verdade torna-se um tema bastante controverso quando se observa no mesmo a divisão de funções e o papel do juiz no processo penal, onde a partir de alguns dispositivos infraconstitucionais viabiliza-se a possibilidade do mesmo (juiz) ordenar a produção de provas *ex officio*, tendo como justificativa o “*princípio da verdade real*”. Como foco do presente estudo, segue a transcrição do art. 156, I do Código de processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – Ordenar mesmo antes da iniciativa da ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

O artigo supracitado, alterado pela Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008 suscitou várias discussões sobre a sua consonância com o texto Constitucional, e consequentemente com a “responsabilidade” do ônus da prova, já que cria a figura do juiz-ator, possibilitando ao mesmo a capacidade de ordenar a produção de provas *ex officio*. Antes de prosseguir, faz-se necessário uma breve referência ao citado ônus da prova, o qual, não é um dever/obrigação e sim um encargo, que em termos gerais caberá a quem faz a alegação (parte acusadora).

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega. A demonstração probatória é uma faculdade, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido.

(Távora, 2017, p. 647.)

Contudo, não cabe ao presente estudo um maior aprofundamento sobre a teoria geral da prova, mas identificar a qual órgão do sistema acusatório o encargo do *onus probandi* recairá. Portanto, a prova é a demonstração dos fatos, que cabe e interessa a quem alegou, mas também constitui uma forma de “combate” e/ou contraponto à acusação, pertencente a defesa. Logo, evidencia-se que o ônus da prova é um encargo das partes, na busca da verdade e do consequente convencimento do juiz.

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, primeira parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena.

(Távora, 2017, p. 648)

Quanto ao princípio da imparcialidade do juiz, faz-se relevante observar o que afirma Avena:

Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo. (Avena, 2018, p.68.)

É evidente que para existir imparcialidade judicial é necessário que o juiz atue com equidistância das partes (acusação e defesa); sendo o juiz o vértice dessa relação, como afirma Norberto Avena; e mesmo não estando expressamente no texto constitucional, aparece implicitamente na forma de várias garantias conferidas ao magistrado a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Em um Estado garantista não pode haver a supressão da defesa do indivíduo frente ao poder estatal, que é controlado pela própria jurisdição e estrita legalidade, sendo a verdade uma busca inalcançável, devendo prevalecer o Estado de direito, já que este não é o detentor da verdade, e sim o garantidor de um processo justo, que respeite os direitos fundamentais do indivíduo. Como afirma Ferrajoli, o “Garantismo”:

[...] designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

(Ferrajoli, 2010, p. 785)

Sob a justificativa da busca pela verdade no processo penal, o julgador acaba exercendo a função probatória pertencente às partes, mesmo antes de iniciada a ação penal, sendo criada desse modo uma “*cultura inquisitiva*”, na qual, o juiz passa a exercer função suplementar ao órgão acusador. Nesse momento, viola-se vários princípios e dispositivos constitucionais, entre eles, o art. 129, I da Constituição Federal, que expressa que o titular da ação penal pública é o ministério público, o qual, oferece a denúncia. Consequentemente, ao mesmo recai o encargo da prova.

Como já especificado, o ordenamento jurídico brasileiro (Constituição) adota o sistema acusatório, que se caracteriza pela distinção de acusar, defender e julgar. Portanto, alguns afirmam que essa busca mais intensa pela verdade redimensionaria a função do magistrado quanto a produção de provas, o que seria reprovável, já que práticas probatórias as mais diversas poderiam disseminar uma “*cultura inquisitiva*”, com a supressão da função das partes, mais especificamente do órgão acusador.

Contudo, parte da doutrina defende que a capacidade instrutória conferida ao juiz pelo art. 156, I do Código de Processo Penal é compatível com o texto constitucional, já que não compete ao magistrado uma ampla capacidade instrutória, ocorrendo a produção de provas *ex officio* apenas quando as mesmas forem *urgentes e relevantes*, ou seja, em caráter de exceção, devendo ainda observar-se a *necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*.

Para Norberto Avena, no sistema acusatório o juiz não necessariamente deveria ficar impedido de ordenar a produção de provas *ex officio*; desde que fosse em caráter excepcional, de forma a não substituir ele a função do órgão acusador. O que não se verificaria no sistema inquisitório, onde o juiz possuiria ampla liberdade de produção de provas, caracterizando nesse caso, a substituição das partes, mais especificamente o órgão acusador.

Neste contexto, o impasse relativo ao art. 156 do CPP refere-se, primordialmente, ao que dispõe o seu inciso I, tendo em vista que possibilita ao juiz determinar a produção de provas *ex officio* antes mesmo de iniciada a ação penal. Apesar de esse dispositivo condicionar a atuação do juiz à urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, a literalidade de seus termos parece deslocar o magistrado da função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa ao modelo acusatório determinado pela Constituição Federal. Logo, compreendemos que, pela abrangência de sua redação e pela amplitude da faculdade que confere ao magistrado, o art. 156, I, do CPP não pode comportar interpretação literal, requerendo, isto sim, uma exegese que o torne compatível tanto com o sistema acusatório preconizado na Lei Maior quanto com a verdade real que constitui o objetivo do processo penal. Seguindo essa linha de raciocínio, não se poderá vislumbrar no dispositivo um permissivo para que o juiz, em qualquer tempo e segundo o seu arbítrio próprio, realize atos de investigação sob o rótulo de produção antecipada de provas, devendo-se condicionar esta sua atuação à verificação de determinados pressupostos, quais sejam:

- \* Existência de investigação em andamento, desencadeada pelos órgãos competentes;
  - \* Existência de um procedimento submetido à análise do Juiz, cuja solução dependa da prova a ser produzida de ofício, v.g., uma representação pela prisão preventiva ou temporária, um requerimento de busca e apreensão, um pedido de sequestro de bens etc.;
  - \* Periculum in mora, demonstrado por meio da relevância e urgência da medida determinada pelo magistrado;
  - \* Fumus boni iuris, externado por meio de indícios de autoria de uma infração penal ou de prova de sua materialidade;
  - \* Excepcionalidade da atuação judicial, detectada a partir de critérios de necessidade, adequação proporcionalidade da medida probatória, em conformidade com o que reza a parte final do art. 156, I, do CPP.
- (Avena, 2018, p.54.)

Para Avena, esses requisitos garantem que essa capacidade de ordenar a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal não ferem os princípios do modelo acusatório, desde que todas as condições acima pressupostas estejam presentes. Entretanto, mesmo com todo o rigor proposto por Avena, o que já explicita o caráter problemático do dispositivo, não há garantias de que exista nesse caso um juiz imparcial e equidistante apenas pelo fato da prova está sendo produzida *ex officio* em caráter de exceção; pelo contrário, continuar-se-á tendo um órgão julgador produzindo as provas que ele mesmo utilizará para o seu convencimento.

Ainda no campo da defesa da constitucionalidade da capacidade instrutória do juiz nos ditames do artigo supracitado, é alegado que em um Estado Democrático de Direito, baseado no garantismo e na proteção do indivíduo frente o poder do Estado, seria constitucional permitir ao juiz atuar *ex officio* quanto a produção de provas quando evidentemente a mesma viessem para beneficiar o réu (acusado), estando nesse caso em consonância com um Estado Garantista, como preconizado pela Constituição Federal.

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. (DEZEM, 2021, p. 112.)

Como explicitado acima, estando superada a questão da violação da isonomia, onde entende-se que o Estado é mais forte que o indivíduo, e por esse motivo não haveria violação da isonomia. Por isonomia entende-se quando “As partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária.” Avena, 2018, p. 69. Como exposto, há uma flexibilização desse da isonomia neste caso. Nestes termos, caberia considerar a constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais que conferissem aos magistrados a possibilidade de ordenar a

produção de provas *ex officio*, justamente quando essas provas pudessem vir a beneficiar o acusado. Entretanto, seria necessário pressupor que o magistrado teria o conhecimento prévio da prova que seria produzida. Dito isto, não haveria como defender tal posição, bem como, a constitucionalidade do dispositivo, pois não haveria como definir previamente a qual das partes a prova iria beneficiar.

Parte da doutrina, a qual este estudo se coaduna considera a capacidade instrutória do juiz conferida pelo art. 156, I do Código de Processo Penal como uma violação a Constituição, sendo essa uma característica do sistema inquisitório, incompatível com princípio do juiz imparcial.

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (Lopes Jr., 2019, p.46.)

A ampla discricionariedade do juiz pode levar a uma instabilidade no que se refere a ordem constitucional, o princípio do devido processo legal, e a imparcialidade do juiz, bem como, a sua equidistância das partes, fazendo-se instalar um modelo inquisitório por essência.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. (Pacelli, 2021, p 429.)

Para Brasileiro, a função de julgar com amplos poderes instrutórios é totalmente incompatível com o sistema acusatório, mesmo sobre a justificativa do princípio da verdade real, devendo o processo penal tutelar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, entre eles o direito a um juiz imparcial e equidistante. Como já apontado, Brasileiro indicou o termo “busca da verdade”, estando essa terminologia mais próxima do que seria um Estado Democrático de Direito, que busca a verdade no processo penal sem que ocorra a supressão dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como pode ser observado na afirmação de Renato Brasileiro a seguir:

[...] o processo penal há de ser compreendido como uma forma de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Para tanto, é dizer, “para que tenhamos um processo ético, limpo, sem surpresas, equilibrado, com regras definidas e conhecidas, e que valoriza o ser humano”, este deve ser concebido como um processo de partes, em que as atividades de acusar e julgar estejam efetivamente distribuídas a diferentes personagens, estruturado sobre um procedimento em contraditório, cabendo às partes desenvolver a atividade probatória com o objetivo de convencer um julgador imparcial, a quem é dado decidir de maneira subjetivamente desinteressada. (Brasileiro, 2020, p. 103.)

No universo do direito processual brasileiro, uma solução para essa questão da usurpação da função do órgão acusador pelo órgão julgador, segundo Renato Brasileiro, seria o art. 3-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n.



13.964/19, o qual, dispõe que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada por ele a iniciativa do juiz na fase investigatória, bem como, de substituição probatória do órgão acusador; o referido artigo do Código de Processo Penal encontra-se hoje suspenso por decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal “*Suspensão Cautelar da Eficácia dos Arts. 3º-A a 3º-F do CPP (STF, ADI 6.299 MC/DF, REL. MIN. LUIZ FUX, J. 22/02/2020).*”

Ademais, nesse caminho registra Eugênio Pacelli que:

[...] grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução.

Pacelli, 2021, p.429.

Tanto Brasileiro quanto Pacelli, afirmam que a solução para garantir a existência de uma estrutura acusatória sem maiores riscos de uma “cultura inquisitiva” no ordenamento jurídico brasileiro seria o art. 3-A incluído ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, o qual veda a possibilidade da usurpação do ônus acusatório, que deve pertencer a acusação e não ao órgão julgador. Para Pacelli o princípio da verdade real acaba criando uma “cultura inquisitiva”, sendo esse talvez um mal maior, já que é ilusório achar que a verdade está ao alcance do Estado.

Nesses termos, mesmo o supracitado dispositivo estando suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, e não sendo esse o foco do presente estudo, cabe citar que a sua validação seria a solução para a questão de dispositivos infraconstitucionais de caráter inquisitorial, como o é o caso do art. 156, I do Código de Processo Penal; onde na dúvida não deverá o juiz se colocar no papel do órgão acusador, trazendo para si o *ônus probanti*, e sim, o princípio do “*in dubio pro reo*”, baseado na presunção de inocência.

### 3. CONCLUSÃO

Foi analisado pelo presente estudo a possibilidade da iniciativa probatória por parte do órgão julgador *ex officio* está em consonância com o texto constitucional, mais especificamente o art. 156, I do Código de Processo Penal, sendo a justificativa para essa consonância o princípio da busca da verdade real, o que se revelou totalmente improcedente.

Concebe-se com nitidez que a figura do juiz-ator ordenando a produção de provas de ofício mesmo antes de iniciada a ação penal é incompatível com o sistema acusatório e a Constituição; onde evidencia-se no modelo acusatório a distinção dos órgãos a quem caberá as funções de acusação, defesa e julgamento; sendo a capacidade instrutória do magistrado *ex officio* contida no art. 156, I do Código de Processo Penal uma característica do sistema inquisitório, já que ocorre uma usurpação ou suplementação da função do órgão acusador e ou das partes; a quem cabe o ônus da prova.

Destarte, é evidentemente equivocada a defesa que pelo princípio da verdade real caberia constituir poderes instrutórios ao juiz em caráter de exceção, pois mesmo nesses termos a imparcialidade de quem vai decidir estará comprometida, onde o

mesmo que julgará será o mesmo que buscará as provas para o seu convencimento, violando-se assim, o postulado da imparcialidade judicial.

Tampouco, pode-se afirmar que o poder instrutório conferido ao órgão julgador visa efetivar o garantismo, alegando-se que tal possibilidade pode vir a beneficiar o réu; essa afirmação/defesa mostra-se problemática, já que não há como saber antecipadamente se a prova requisitada de ofício beneficiará o réu. Mesmo não sendo o entendimento de parte significativa da doutrina; cabe afirmar, fazendo uma análise do princípio da busca da verdade e a consequente capacidade instrutória do juiz, conferida pelo art. 156, I do Código de Processo Penal, que essa prática é incompatível com o Sistema Acusatório e a Constituição.

Portanto, conclui-se que há uma “cultura inquisitiva” através da atuação do juiz quanto a produção de provas, violando-se diversos princípios constitucionais garantidores, previstos em grande parte no art. 5º da Constituição Federal. Por fim, cabe citar o art. 3-A do Código de Processo Penal, hoje suspenso por decisão da Suprema Corte. Caso o citado dispositivo seja validado, esse será um grande avanço que vem para reforçar a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como, “oficializar” a inconstitucionalidade do art. 156, I do Código de Processo Penal, inaugurando assim, um sistema processual penal em plena consonância com a Constituição.

## REFERÊNCIAS

Avena, Norberto, Processo penal / Norberto Avena. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

Capez, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 25. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. 1. Processo penal 2. Processo penal - Jurisprudência - Brasil I. Título.

Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 15/05/2023.

Dezem, Guilherme Madeira Curso de processo penal / Guilherme Madeira Dezem. 8, ed, rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10 . ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 20/05/2023.

Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Planalto. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm). Acesso em: 17/05/2020

Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título. 18-1084

Lopes Junior, Aury Fundamentos do processo penal: introdução crítica / Aury Lopes Jr. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

Pacelli, Eugênio Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, **1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: DF out 2021.

Távora, Nestor Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

STF. Suspensão cautelar da eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP. ADI 6.299 MC/DF.  
Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22/02/2020.