



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* POR PARTE DO MAGISTRADO NO
PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO
CONSTITUCIONAL

Roberto Ricardo Contreiras de Almeida Neto

Rio de Janeiro
2020

ROBERTO RICARDO CONTREIRAS DE ALMEIDA NETO

DA PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* POR PARTE DO MAGISTRADO NO
PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO
CONSTITUCIONAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

DA PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* POR PARTE DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

Roberto Ricardo Contreiras de Almeida Neto

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – a produção probatória no processo penal é realizada, em regra, pelas partes processuais, quais sejam a acusação e a defesa. Ocorre que apesar do Código de Processual Penal trazer a ideia de quem faz uma alegação, tem o ônus de prová-la, o mesmo código permite em situação excepcional que o juiz requeira diligências para dirimir dúvidas no processo. A essência do trabalho irá abordar a controvérsia entre a permissão legal para que o juiz participe da instrução probatória e ordenamento jurídico como um todo. Uma vez que no ordenamento pátrio existem princípios, como o da presunção da inocência e o da imparcialidade, que defendem que o juiz não deve ter papel além da função julgadora. Ademais, o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, também afasta o juiz da situação prevista em lei, que o permite participar da instrução probatória. Portanto, o artigo trata de um paralelo entre a permissão legal da produção de provas de ofício pelo juiz com o ordenamento constitucional que defende a separação de funções e imparcialidade do magistrado.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Provas. Magistrado. Verdade Real. Presunção de Inocência. Sistema acusatório. Sistema Inquisitivo.

Sumário – Introdução. 1. Os sistemas processuais no ordenamento jurídico pátrio. 2. O artigo 156 do CPP e a suposta violação ao sistema acusatório e à princípios constitucionais. 3 A adoção do artigo 156 do Código de Processo Penal pelo ordenamento jurídico em razão do princípio da Busca pela Verdade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No artigo em questão, o objetivo é discutir e analisar, a real atuação do magistrado na esfera processual penal durante a persecução penal, especificamente na produção probatória. Uma análise que levará em conta a controvérsia entre a liberdade e poder que o magistrado tem na produção probatória, ultrapassando sua esfera jurisdicional, contrariando princípios constitucionais e o Sistema Acusatório e a concretização de uma atuação legítima em busca de uma proximidade com a verdade factual.

No Brasil, após a Constituição de 1988, foi implementado de maneira integral, o Estado democrático de Direito, razão pela qual, o texto constitucional deve ser derramado em todos os ramos do direito, fazendo valer suas garantias e direitos. Diante de tal circunstância, normas que até então eram interpretadas de uma forma, agora necessitam de adequação em sua hermenêutica para se encaixar no novo ordenamento.

Desta maneira, o artigo busca demonstrar e explorar a divergência latente no Sistema acusatório acolhido pela Constituição de forma sistemática com normas infraconstitucionais do Código de Processo Penal, o qual ainda sofreu grande influência do Sistema Inquisitório quando da sua criação em 1941.

O Código de Processo Penal adotou o Sistema Acusatória, como o sistema penal vigente no ordenamento jurídico, como contraponto existe o Sistema Inquisitório, o qual permite a concentração de atos e funções em uma mesma pessoa. Nesta esteira, apesar de constitucionalmente, o Sistema Acusatório ser o vigente, ainda há muitos resquícios do outro sistema em nosso ordenamento, e um deles, tema deste artigo, é a participação do magistrado na produção de provas durante o processo.

A produção de provas no direito processual penal em tese deve ser exclusividade das partes, sendo ônus de quem alega, provar e demonstrar o fato trazido. Nesta etapa, devem ser preservados, os princípios da Imparcialidade, da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal.

No entanto, na prática e seguindo a norma do artigo 156, II do Código Processual Penal, é cristalina a possibilidade de participação do magistrado na produção probatória, ainda que de ofício, razão pela qual é necessário debater como no mundo jurídico é razoável se adotar um sistema que defende a separação de funções na persecução penal e neste mesmo ordenamento haver permissão para que o juiz se afaste de sua função julgadora e participe na realização de provas do processo.

Diante disso, é importante ponderar os princípios constitucionais da Imparcialidade e da Presunção de Inocência com o princípio da Busca pela Verdade Real, uma vez que estes são contraditórios entre si quando se trata da participação do juiz na produção de provas.

Ao final, é pacífico que o artigo 156 do Código de Processo permite que o juiz participe do processo, ainda que extrapole sua função típica de julgador, e crie provas para que se busca a proximidade com a Justiça e com a realidade factual.

Portanto, o juiz deve exercer apenas sua função julgadora dentro dos limites impostos pela constituição, atuando de maneira imparcial, garantindo assim todos os direitos e proteções ao acusado, o qual acaba sendo parte mais vulnerável quando todas as funções se encontram na mão do magistrado. Ou a contrário *sensu*, o juiz pode se permitir participar da instrução probatório, visando a Busca pela Verdade, se aproximando de uma decisão mais justa, com melhores elementos.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Dentro de uma análise histórica do processo penal, é possível notar a forte presença de dois modelos de sistemas processuais que se revezaram em diferentes períodos durante a evolução do processo penal e até hoje seguem existindo: o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Um sistema processual, segundo Paulo Rangel¹ é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

O Sistema Acusatório é o vigente no ordenamento atual e o adotado pela Constituição Federal de 1988. Ainda que a Carta Magna não o apresente de forma expressa, é possível, diante de uma interpretação sistemática de seus princípios, e de seu artigo 129, inciso I², que aponta quem deve exercer função no polo ativo da ação penal, afirmar que este sistema foi o adotado e acolhido pela lei maior, e confirmado pelo STF.

A principal característica do Sistema Acusatório puro é exaltar a distinção nas funções processuais dos sujeitos, de acusar e julgar. Ou seja, essas atividades devem ser realizadas por diferentes sujeitos no processo, sob pena do juiz inquisidor ser contaminado pela produção probatória e se aproximando da possibilidade de cometer injustiças.

Além da supramencionada, é importante se ressaltar outras características como: a necessidade de a instrução probatória ser realizada pela Acusação e pela Defesa, seguir à risca as regras do devido processo legal, o julgamento ocorrer por um juiz competente e imparcial, assim como respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Havendo ainda, a possibilidade de impugnação dos atos pelas partes e a publicidade dos atos.

O sistema adotado traz maior estabilidade e segurança social ao ordenamento, visto que diante de uma análise reflexiva, é possível concluir que ele retira, ou diminui consideravelmente, a possibilidade de o magistrado tratar o réu como condenado desde o início do processo. Já que o juiz somente atuará na sua função de julgador, recebendo todo o conjunto probatório realizado pelas partes do processo, não tendo atuação na produção probatória, preservando sua imparcialidade.

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

Quando se trata do Sistema Inquisitório, o magistrado tem maior importância e poder durante o processo. Este era o sistema utilizado na época da Inquisição, na Idade Média, e é de onde advém seu nome. Nele é idealizado a representação de um Estado, o qual deve se impor no processo, suprimindo direitos e garantias individuais, não havendo confiança nas partes para produção probatória.

A característica de maior relevância nesse sistema é reunião de funções na mesma figura, em regra no juiz inquisitorial, ou seja, uma única pessoa tem o poder de investigar, acusar e julgar o réu. Portanto, a imparcialidade se torna quase que inexistente nesse sistema, visto que a mesma pessoa que deve produzir a prova, irá julgá-la. Importante mencionar outras características importantes como: a ausência de contraditório pleno, além da permissão para que o juiz atue de ofício em todos os atos.

O Sistema Inquisitório cria uma desigualdade entre as partes. O que no Sistema Acusatório é um confronto leal entre acusador e defesa, diante de contraditório e ampla defesa, no Inquisitório se torna uma batalha desfavorável à defesa, já que a função investigativa, acusatória e julgadora se concentra na figura do juiz inquisidor.

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito foi instaurado, havendo uma transformação em todos os ramos do Direito. A partir de então, todas as normas seriam influenciadas e interpretadas de acordo com a nova Lei Maior.

A Carta Magna de 1988 acolheu o Sistema Acusatório puro. No entanto, o Código de Processo Penal é anterior à Constituição, de 1941, e traz normas do sistema inquisitório, principalmente nas que tratam da fase investigatória, e no seu artigo 156³. Por este motivo, muitos doutrinadores, encabeçados por Paulo Rangel⁴, entendem que é adotado o Sistema acusatório Misto no Brasil, uma vez que ainda que o Sistema Acusatório seja o escolhido pela Constituição, ainda há resquícios do Inquisitório na legislação processual.

Fortalecida por Afrânio Silva Jardim⁵, parte mais garantista, sustenta que no Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais da imparcialidade e do contraditório, se tornaram os mais importantes do processo penal moderno, devendo ser respeitados, excluindo a participação persecutória do magistrado, excepcionalmente, quando houver de inércia das partes.

³ BRASIL. *Código Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

⁴ BRASIL. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

⁵ JARDIM apud SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá 2003, p. 34.

Nesse sentido, Geraldo Prado⁶:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por um juiz competente e imparcial, pois que excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos a conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo (...) e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.

No entanto, na prática não é o que se nota, tendo em vista que o artigo 156⁷ do Código de Processo Penal dá poderes ao magistrado, extrapolando sua função julgadora prevista na lei. O citado artigo permite que o juiz requeira, de ofício, a produção de prova, ultrapassando limites legais, o aproximando do sistema inquisitório, e conseqüentemente se afastando do sistema adotado pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Aury Lopes⁸:

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 é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.

Logo, após explanar os sistemas processuais, e principalmente, apontar a divergência entre eles, além de identificar cada um no ordenamento jurídico penal, é importante finalizar o capítulo. É importante ponderar o artigo 156 do Código Processual⁹ com os princípios constitucionais, e sua incompatibilidade com o Sistema acusatório.

O artigo 156 do Código de Processo¹⁰ traz poderes instrutórios ao juiz, permitindo que ele atue de ofício, extrapolando a função julgadora. Esse artigo afronta o sistema acusatório. Além da diversificação de funções dos sujeitos no processo penal, ele também confronta alguns princípios constitucionais fundamentais.

⁶ PRADO apud MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Organizadores). *Reformas do Código Processual Penal*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2009, p. 9-10.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁸ LOPES, Aury Jr. *Livro Direito Processual Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 43.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰ Ibid.

A produção de provas, de ofício, por parte do juiz acaba por atacar o Estado Democrático de Direito, visto que ao realizar uma função atípica, o magistrado acaba por contrariar os princípios da imparcialidade do juiz, do devido processo legal, e da presunção de inocência do acusado. Há ofensa direta aos mencionados princípios, e indireta à alguns outros, quando se dá voz ao Sistema Inquisitório.

Portanto para se fazer valer o Sistema Acusatório, se faz necessário dar respaldo à Constituição, e afastar o magistrado de atuar na função probatória, mantendo-o em sua função típica, de julgador.

2. O ARTIGO 156 DO CPP E A SUPOSTA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Código de Processo Penal brasileiro é do ano de 1941, ou seja, é anterior à atual Constituição que é de 1988. Sabendo que o sistema acusatório somente foi adotado, de forma sistemática, pela atual Constituição, o Código Processual Penal sofre algumas influências do sistema inquisitório, o que gera alguns reflexos até hoje.

Um destes reflexos é o seu artigo 156, inciso II,¹¹ no qual traz a ideia de que o juiz poderia solicitar diligências de forma discricionária, produzindo novas provas no processo, com a finalidade de dirimir dúvidas. E este é foco da nossa discussão, esta liberalidade ao magistrado que estaria em contradição com o sistema acusatório. Além de afrontar princípios como da Imparcialidade, da Presunção de inocência.

Primeiramente, é necessário contrapor a norma supramencionada com o Sistema adotado pelo Código de Processo Penal em razão de uma interpretação constitucional. Como foi visto, o sistema acusatório tem como uma das suas principais características, a separação das funções de investigar, acusar e julgar.

Sendo assim, prontamente, já é possível observar um conflito com o artigo 156¹², já que este permite que a figura do magistrado, que já responsável pelo julgamento da lide, também crie provas, que permitirão uma futura absolvição ou condenação do réu. Ou seja, o juiz aumenta a sua influência na questão, ele permanece na figura de julgador, só que a esta se soma outra função que deveria ser somente das partes, a produção probatória.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Renato Brasileiro¹³, assim como Aury Lopes Jr., defendem que no sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, defesa e acusação, sendo o juiz mero espectador e garantidor do processo, devendo somente salvaguardar direitos e garantias processuais das partes, assim como liberdades fundamentais. O juiz tem o papel de manter os atos dentro das legalidades normativas, e por fim, com todas as provas apresentadas, decidir, fundamentadamente, acerca do caso concreto.

Portanto, o juiz no processo penal não deve ter influência no processo, não deve ter poder de determinar, de ofício, a produção de qualquer prova, sendo somente competente para analisar o conteúdo probatório criado pelas partes. O juiz deve se manter passivo durante a instrução probatória, preservando sua imparcialidade e mantendo a paridade de armas entre as partes. Sendo muito forte a ligação deste Sistema com o princípio da Presunção de Inocência, que será tratado a seguir.

A prova é o meio pelo qual as partes tentam demonstrar a existência ou não de um determinado fato levantado por elas. O Código Processual Penal afirma que o ônus da prova é de quem alega, ou seja, se a parte alegar a ocorrência de um fato, esta deve provar o alegado. E no processo penal, as partes se dividem em acusação, sendo em regra o Ministério Públicos nas ações públicas ou o ofendido nas ações privadas, e defesa, que é exercida por advogados inscritos na OAB ou Defensores Públicos.

Após esta pequena síntese acerca da produção probatória, vale ressaltar que o juiz que não tiver juízo de certeza acerca da autoria ou da materialidade do delito, deve absolver o réu em razão do Princípio da Presunção de Inocência. Este, em suma, garante ao acusado a possibilidade de não havendo juízo de certeza acerca da materialidade do fato ou da autoria do réu, este adquire o direito à absolvição, ainda que exista dúvida. Ou seja, se há dúvida acerca da empreitada criminosa ou da autoria, o réu deverá ser absolvido, bastando não existir juízo de certeza.

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto legal, de forma expressa, o mencionado princípio, em seu artigo 5º, inciso LVII¹⁴. Antes, já era previsto em tratados internacionais, e de forma implícita no ordenamento brasileiro. O princípio traz a ideia de que todo ser humano acusado de um delito, tem o direito de que se presuma sua inocência até que se prove a sua culpabilidade seguindo o devido processo legal, asseguradas todas as garantias fundamentais.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processual Penal*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 30-40.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

Dentro desta definição, de que não se pode julgar culpado quem não passou por todo processo legal, o princípio da Presunção de Inocência se ramifica e traz uma regra processual probatória importante, a regra do *in dubio pro reo*. Por força desta, a acusação tem o ônus de comprovar legalmente a culpabilidade do réu, dirimindo qualquer dúvida, uma vez que se esta persistir, o juiz deverá decidir a favor do réu. Ou seja, sempre que houver dúvida no que foi demonstrado, a decisão do juiz deve favorecer o acusado.

Após explanar a existência do princípio e da regra mencionados, é possível notar o conflito com a norma do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal.¹⁵ Se o juiz não tem o juízo de certeza, ou então as provas não lhe foram suficientes, o entendimento constitucional é de que o magistrado deve absolver o réu, como determina o princípio da Presunção de Inocência.

No entanto, a regra do artigo 156, inciso II¹⁶ permite que o juiz determine diligências, com finalidade de dirimir dúvidas. Ou seja, ele é totalmente contrário à ideia de que em caso de dúvida, o juiz deve absolver o réu, que é o defendido constitucionalmente em razão da regra processual do *in dubio pro reo*, uma vez que o acusado não deve ser prejudicado em caso de dúvida.

Desta maneira, é cristalino o conflito entre a norma prevista no Código de Processo Penal, e no princípio supramencionado, sendo certo que por mais que em casos de dúvida, o juiz devesse absolver o réu, a lei permite a produção probatória de ofício, com fundamento no artigo da norma processual.

Por fim, é importante ainda demonstrar que além do sistema acusatório e do princípio da Presunção da Inocência, outro conflito do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal¹⁷, e talvez o mais atacado pela doutrina, é com o princípio constitucional da Imparcialidade do juiz, como passaremos a demonstrar.

Luiz Rodrigues Wambier¹⁸ conceitua a imparcialidade como sendo um dos pressupostos processuais de validade, mencionando que além de competente, deve também o juiz ser imparcial, isto é, a pessoa que naquele momento se encontra exercendo a jurisdição naquele juízo deve estar habilitada a receber e apreciar com isenção espírito

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. V.2. São Paulo: RT, 2007, p. 113.

os argumentos e provas trazidos por cada uma das partes, para, com a mesma isenção, vir a decidir.

Sendo assim, o juiz deve ser imparcial durante todo o processo, para que consiga decidir de forma mais justa possível, diante do que lhe foi apresentado. No entanto, quando a norma processual permite que o magistrado peça diligências com fito de dirimir dúvidas, há uma certa permissão para que seja possível o juiz criar provas que de alguma forma estão faltando no processo tanto para que se absolva o réu, ou para que o condene.

A maior crítica nessa esfera é que o juiz ao pedir diligências e criar provas, estaria com alguma pré disposição, seja para condenar o réu ou absolvê-lo, dependendo da prova a ser requerida.

Isto ocorre porque o magistrado devia de forma livre, se convencer com o que lhe foi apresentado pelas partes, e não exercer a função que seria destas. O Judiciário é órgão julgador, e deveria se manter isento para atuar de maneira imparcial, permitindo que os legitimados para acusação e defesa produzam as provas.

Portanto, o artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal ¹⁹é uma norma muito controversa, como foi demonstrado, uma vez que ela além de não se encaixar plenamente no sistema acusatória adotado pela Constituição de 1988 por permitir ao magistrado que atue em função além da julgadora. O artigo também é conflitante com princípios presentes na lei maior, como o da Presunção da Inocência e da Imparcialidade do magistrado.

3. A ADOÇÃO DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO ORDENAMENTO JURÍDICO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA VERDADE

O ponto a ser discutido neste artigo, é a iniciativa probatória do Magistrado. Após expor diferentes teses, entender o os sistemas processuais penais, quem em regra produz prova durante o processo, quem tem o ônus de provar. É necessário afirmar que o ordenamento jurídico permite a produção probatória por parte do magistrado, ainda que seja conflitante com princípios constitucionais e o sistema acusatória.

O artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal²⁰ prevê a possibilidade do magistrado, antes ou após proferir sentença, determinar diligências para dirimir suas

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ Ibid.

dúvidas acerca de algum ponto. E mesmo diante de toda controvérsia, e correntes que entendem ser esta norma inconstitucional, a verdade é que o ordenamento jurídico adota tal artigo como sendo constitucional e ele é utilizado sem maiores interferências na prática judiciária.

José Roberto dos Santos Bedaque²¹ defende a utilização da mencionada norma, entendendo que não há que se falar em imparcialidade do magistrado, desde que ele somente atua dentro de motivos legais, e não escusos. Desta forma, não haveria ataque à imparcialidade e nem ao sistema acusatório.

O entendimento é de que o magistrado não deve ser mero espectador do direito no processo, mas deve realizar um comando dele, com fito de encontrar a solução mais justa para lide. Por isso, é mais do que possível, sendo necessário, que o magistrado, não tendo qualquer juízo de certeza com as provas demonstradas pelas partes, possa determinar novas diligências buscando sanar suas dúvidas.

A grande busca do magistrado deve ser por um julgamento justo, se aproximando o máximo possível da verdade real dos fatos, sendo assim, se houver necessidade de novas diligências, sendo as partes inertes, o magistrado poderia determiná-las para que tenha mais elementos para tomar uma decisão mais justa.

A parte da doutrina, encabeçada por Aury Lopes²², que contraria tal tese, contrargumenta que quando o juiz requer novas diligências, ele estaria afrontando o princípio da Presunção de Inocência, além da sua Imparcialidade, pois as provas requeridas já o colocariam em uma pré disposição à condenação ou à absolvição. No entanto, o entendimento adotado é de que o magistrado não seria imparcial, mas estaria buscando o julgamento mais justo e mais próximo da verdade real dos fatos, seja para absolver ou condenar o réu.

Ou seja, a prova produzida não vincula o magistrado à uma decisão, ela somente clareia o feito, dando possibilidade do juiz, dentro do seu livre convencimento, ter mais elementos para que se possa tomar uma decisão. Acerca da presunção de inocência, esta persiste no processo, pois ainda é possível que mesmo diante das diligências, o juiz persista com sua dúvida, oportunidade na qual fará uso do princípio supramencionado para absolver o réu.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do Juiz*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

²² LOPES, op. cit., p. 43.

É importante que a prova requerida pelo juízo, ultrapasse todas as etapas do devido processo legal, além de todo contraditório e ampla defesa. É nesse sentido que o já citado Badaque defende que não há que se falar em imparcialidade, uma vez que o magistrado não teria como adivinhar que a prova requerida por ele ensejaria em uma condenação ou absolvição, uma vez que esta ainda será contraditada e passará por todo devido processo legal, podendo ser impugnada ou não dirimir qualquer dúvida.

Outra discussão importante é o momento em que o juiz poderia determinar a produção probatória. Defende Hideljama Muccio²³ que o juiz tem poder postulatório para produzir provas, uma vez que ele é o representante do Estado, que busca resolver o conflito. Ou seja, se o juiz perceber que é necessário que se produza determinada prova, para que o processo seja mais justo e equilibrado, dirimindo a astúcia e esperteza de uma das partes em detrimento da outra, ele pode sim agir de ofício.

Nesse sentido, a lição de Marcos Alexandre Coelho Zilli: ²⁴

Assim, muito embora recaia o ônus probatório ao sujeito processual parcial responsável pela alegação que se pretende ver provada – prevalente, senão exclusivamente, o órgão acusador por força do princípio constitucional da presunção da inocência -, abriu o legislador processual espaço para que o juiz buscasse, durante a instrução, ou mesmo antes de proferir sentença, maiores esclarecimentos por ele considerados necessários, senão indispensáveis para dirimir dúvida emergente sobre ponto relevante.

Portanto o atual entendimento moderno, fortalecido por Marcos Antônio Barros²⁵ é de que o magistrado pode atuar na produção probatória de forma suplementar e subsidiária, ou seja, somente após as partes, que em regra são as legitimadas para tal produção. Isto decorre do afastamento do juiz da posição de mero espectador, tendo um fundamental papel de estimular o contraditório e a ampla defesa.

A grande tese defensiva da produção probatório por parte do juiz, de ofício, está no princípio da Busca pela Verdade. Este princípio veio para confrontar o princípio dispositivo, que prevaleceu durante anos no âmbito civil e defendia que o juiz devia julgar somente com o que as partes trouxeram ao processo, pois era matéria exclusiva das partes trazer as provas ao processo em questão, se valendo da verdade formal.

Já no ordenamento jurídico processual penal, por tratar de questões onde se envolve o direito de locomoção, era necessário dar ao magistrado mais poderes

²³ MUCCIO, Hidejama. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev. e at. Método. 2011. São Paulo.

²⁴ ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 96.

²⁵ BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139 e 140.

instrutórios. Dentro destes poderes, estaria o de produzir provas *ex officio*, buscando a verdade material e não aceitando somente a verdade formal demonstrada nos autos.

O princípio adotado, chamado de Princípio da Verdade Real, sofreu ataques em razão de permitir ao juiz que controle com mais poder o processo, fazendo com que possa haver arbitrariedades, atingindo assim sua imparcialidade para o momento da decisão.

Diante de tal circunstância, é necessário haver um controle por meio do devido processo legal para que não exista abuso de poder por parte do magistrado. Ainda é importante ressaltar que a verdade real não é tangível, o que é possível é uma aproximação da realidade.

Nesta esteira, Cândido Rangel Dinamarco²⁶ coloca que:

a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.

Frente a estes motivos, a doutrina, podendo citar Renato Brasileiro²⁷, não adota o princípio da Verdade Real, e sim o da Busca pela Verdade, já que não é possível chegar na verdade real ou material como dizem. Ainda assim, neste princípio adotado pelo ordenamento, o magistrado segue tendo poderes de produzir provas de ofício, com intuito de se aproximar da realidade dos fatos, chegando assim à uma decisão mais justa.

Portanto, o artigo 156, inciso II, do Código Processual, tratado neste artigo é aceito pelo ordenamento jurídico, não tendo que se falar em inconstitucionalidade. O seu fundamento se encontra no princípio da Busca pela Verdade, permitindo que o magistrado atue de forma subsidiária e complementar na produção probatória, buscando uma decisão mais justa, passando por todo processo legal e contraditório das partes.

CONCLUSÃO

O artigo constata que apesar de exigir grande divergência, e excelentes doutrinadores que entendem o contrário, na prática a produção de provas realizadas de ofício pelo magistrado não é vista com maus olhos pelo ordenamento e estrutura jurídica.

²⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 318.

²⁷LIMA, op. cit., p. 80-81.

Ainda que ao se analisar friamente e diante de uma interpretação constitucional seja possível chegar à conclusão de que o juiz agir de ofício para requerer diligências, como prevê o artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal, é uma forma de adentrar em uma esfera que seria legítima somente para as partes processuais, acusação e defesa. Não se pode obrigar o juiz a ser mero espectador quando este é quem preside o processo, ainda mais se tratando de procedimento criminal no qual poderá ensejar em pena privativa de liberdade.

Diante da discussão, o que se pratica hoje na esfera jurídica é que o juiz não poderá se manter inerte, principalmente ao notar que as partes deixaram de produzir alguma prova, ou foram inertes neste quesito. Ou seja, o magistrado poderia agir em situações excepcionais, de forma subsidiária às partes, de forma que não busque determinada prova para condenar ou absolver o réu, mas sim provas para buscar uma proximidade com a verdade dos fatos.

Sendo assim, ficam parcialmente afastadas as teorias que defendem que o juiz nestes casos age com imparcialidade, visto que é realizada uma ponderação com outros princípios, como o da busca pela verdade, prevalecendo este. Isso ocorre pois é mais interessante ao processo ter um magistrado que busque a resolução do conflito, buscando sempre se aproximar da realidade, do que permitir que alguém seja beneficiado ou prejudicado por falta de experiência ou uma alta sagacidade de uma das partes, havendo assim um certo equilíbrio no processo.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, e sua regra do *in dubio pro reo*, a noção é de que este segue vivo no processo, e o juiz ao solicitar diligências para dirimir suas dúvidas ao invés de absolver o réu com fundamento nesta regra, não estaria afastando e nem contrariando este princípio. Uma vez que ainda que tenha requerido diligências para produção processual, sua dúvida poderá permanecer, então se fará uso do supramencionado princípio, fazendo com que o réu se beneficie da dúvida.

Portanto, o artigo trouxe a controvérsia existente acerca do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal e sua legalidade e constitucionalidade. Concluindo que apesar de haver alguns pontos nos quais é possível debater se o juiz é legítimo para produção probatória, na prática, desde que com limitações, o magistrado pode sim ultrapassar sua posição de julgador e buscar de forma imparcial ferramentas para se aproximar de uma decisão justa.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do Juiz*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. *Código Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 set. 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processual Penal*. 5. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017.
- LOPES, Aury Jr. *Livro Direito Processual Penal*. 13. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Organizadores). *Reformas do Código Processo Penal*. Porto Alegre: Livr. Do advogado, 2009.
- MUCCIO, Hidejama. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. rev. e at., São Paulo: Método, 2011.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. V.2. São Paulo: RT, 2007.
- ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.