

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO CRIMINAL SOBRE OS MOLDES DA LEI 13.964/2019

Michelle Araújo Pimentel¹
Hiran Souto Coutinho Junior²
Fábio da Silva Santos³

RESUMO

O presente artigo aborda brevemente a produção de provas de ofício pelo juiz na persecução criminal. Fazendo uma análise do art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, sobre os moldes dos princípios constitucionais e do sistema acusatório acolhido na Constituição Federal de forma implícita, além da sua previsão legal trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime); mais precisamente no seu art. 3º-A, do Código de Processo Penal. Além disso, traz as divergências doutrinárias sobre o tema e também os posicionamentos acerca da (in)constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz, tendo em vista o princípio da verdade real e as previsões legislativas. Este estudo foi desenvolvido, a partir de pesquisas bibliográficas e documentais, extraídas de doutrinas e jurisprudência, além da análise legislativa. Sendo assim, o artigo concluiu que a produção de provas de ofício pelo juiz na fase processual da persecução criminal (art. 156, inciso II, do CPP) é constitucional e não causa uma violação ao sistema acusatório. Pois será requerida no contraditório judicial, não devendo magistrado permanecer inerte com o surgimento de dúvidas presentes no processo e requisitar às provas que entender necessária objetivando o esclarecimento destas. Porém esta iniciativa probatória na fase investigativa (art. 156, inciso I, do CPP), está tacitamente revogada por inconformidade ao CPP.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais; Provas no Processo Penal; Princípios constitucionais; (In)constitucionalidade da produção de provas; Pacote Anticrime

¹ Graduanda em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN), contatomichellepimentel@gmail.com

² Mestre em Ciências Sociais: Cultura, Desigualdades e Desenvolvimento, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), hiranadv@hotmail.com

³ Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano, Universidade Salvador (UNIFACS), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), fabiosantosdireito@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Vigora uma divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a legalidade da produção de provas pelo juiz antes da ação penal. O debate perpassa por contrapontos envolvendo princípios constitucionais, bem como o sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro, que molda o juiz, a fim de garantir a plenitude das garantias processuais, como o devido processo legal, a ampla defesa e a imparcialidade.

Nesse sentido, esta pesquisa busca proporcionar o conhecimento no que concerne a percepção do sistema jurídico brasileiro quanto à produção de provas de ofício pelo juiz, visto que a estrutura processual penal adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a acusatória.

Desta forma, o tema busca trazer esclarecimentos sobre a constitucionalidade ou não da produção probatória pelo juiz na persecução criminal, uma vez que, esta conduta visa à garantia da prestação jurisdicional, a eficiência e a funcionalidade, levando em consideração o princípio da verdade real.

Em síntese, o presente artigo tem como objetivo geral verificar de que forma o ordenamento jurídico vem se posicionando com relação a (in)constitucionalidade desta atuação do magistrado na persecução criminal. Sendo assim, os objetivos específicos destinaram-se a analisar o sistema processual penal adotado pelo Brasil e seus princípios; expender a produção de provas de ofício pelo juiz com base no princípio da verdade real; identificar os principais aspectos do Pacote Anticrime (Lei 13.164/19) quanto à produção probatória pelo magistrado; observar a legalidade sobre o tema e descrever os princípios constitucionais que possuem relação com a produção de provas pelo juiz no processo penal.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, foram examinados livros de diversos doutrinadores, assim como a discussão abarcada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, além da análise da legislação sobre a legalidade e (in)constitucionalidade deste estudo.

2 SISTEMAS DO PROCESSO PENAL

No decorrer da história do Processual Penal, se tem a presença de três sistemas no âmbito judiciário, sendo eles: o inquisitorial, acusatório e misto. No

entanto, de acordo com Nucci (2022, p. 27), “eles jamais conseguiram ser adotados, integral e individualmente, por um único ordenamento jurídico”.

O sistema inquisitorial, propagado por toda a Europa após o século XIII, tem como maior e relevante característica a figura do juiz como inquisidor, ou seja, a concentração de forma direta das funções de acusar, defender e julgar, no mesmo sujeito atuante no processo. Este juiz terá a competência de atuar com total liberdade, desde a iniciativa probatória até o julgamento do réu, solicitando provas *ex officio* que considerar importantes para a análise dos fatos em qualquer momento, seja na fase investigativa ou processual.

Nesse sistema, o procedimento é completamente sigiloso, não se têm a presença dos princípios de ampla defesa e contraditório, sendo o acusado qualificado apenas como um objeto no processo, sem direitos e garantias a serem observados e respeitados.

De forma completamente diversa, temos o sistema acusatório. Este se caracteriza pela distinção e separação das funções de acusar, defender e condenar, ou seja, um órgão acusa, outro fica responsável pela defesa e outro pelo julgamento, conforme dispõe Capez (2022). Neste sistema, a iniciativa da produção de provas deverá ser das partes (defesa e acusação), devendo o juiz se manter afastado desta função, assegurando assim a sua imparcialidade.

Além disso, na estrutura acusatória, a ação penal só será iniciada após o oferecimento da denúncia ou queixa crime. Sendo assim, a peça acusatória que dará início a ação penal deverá conter os requisitos elencados no art. 41 do CPP, os quais tratam acerca da exposição do fato criminoso, qualificação do acusado ou esclarecimentos para identificação deste, a classificação do crime e rol de testemunhas, quando necessário.

Por fim, conforme atesta Nucci (2022), o sistema misto ou francês, trata-se da junção da estrutura acusatória com a inquisitiva: na primeira fase, há um procedimento inquisitorial, não sendo assistido pelo contraditório, além de ser um sistema secreto e a segunda fase de natureza acusatória, presente toda a divisão de funções entre o órgão julgador, acusador, defensor e as demais características do sistema acusatório, como a oralidade, publicidade e a livre apreciação de provas.

2.1 SISTEMA ADOTADO NO BRASIL

Decorre do art. 5º da Constituição Federal, diversos e amplos princípios que são aplicáveis ao processo penal e que devem resguardados. Sendo eles: princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), devido processo legal, presunção de inocência (art. 5º, LVII), sendo o acusado considerado inocente até a sentença condenatória transitada em julgado, do juiz natural e imparcial (art. 5º, LIII), da publicidade (arts. 5º, LX, XXXIII, e 93, IX, da CF), da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, a, CF), dentre outros.

Segundo Nucci (2022), os princípios acima citados foram aderidos de forma implícita pelo processo penal, caracterizando-o como sistema acusatório, porém, esta estrutura não deve ter como base apenas princípios, pois para sua aplicação é necessário que esteja em conjunto com as regras da legislação ordinária.

Nessa perspectiva, através da publicação do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019), foi incluído o art. 3º-A no CPP com a expressa redação: “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”.

Nucci (2021), ainda complementa que apesar dessa inclusão expressa na legislação, é válido ressaltar que o CPP traz um leque de artigos que diferem do sistema acusatório, pois mais se assemelham à estrutura inquisitiva. Como por exemplo, o art. 5º, inciso II (iniciação do inquérito policial pela autoridade judiciária); art. 13, inciso II (realização de diligências requisitadas pelo juiz); art. 18 (arquivamento do inquérito policial pela autoridade judiciária), art. 26 (ação penal iniciada por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária), art. 241 (expedição de mandato pelo juiz para busca domiciliar, que pode ser o mesmo juiz julgador do processo, pois não gera impedimento de acordo com o AgRg no REsp 1243891 – MG, 5.ª T., rel. Ribeiro Dantas, 13.12.2018), art. 311 (decretação da prisão preventiva pelo juiz em qualquer fase da investigação ou processo penal).

No mesmo sentido, LOPES Jr. (2021) afirma que temos a previsão legal da produção de provas de ofício pelo juiz no CPP, que não estão de acordo com a estrutura acusatória. Sendo eles, o art. 156 (previsão da produção de provas de ofício pelo juiz); o art. 225 (antecipação de depoimento de ofício) e o art. 366 (antecipação de provas consideradas urgentes, do acusado citado por edital que não comparecer ou não constituir advogado).

No entanto, vale frisar, que de acordo com alguns doutrinadores, como Aury Lopes e Vinícius Assumpção, os artigos do CPP mencionados anteriormente com a suposta natureza inquisitória, foram tacitamente suspensos de forma integral ou parcial pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), mais precisamente art. 3º-A do CPP.

Sendo assim, Nucci (2021) sustenta que enquanto o magistrado tiver permissão legislativa para agir de ofício na persecução criminal, não se atingirá um sistema puro, mas sim com ressalvas e exceções.

Não obstante Avena (2021, p. 12) argumenta:

(..) vigora no Brasil o sistema acusatório, entendimento este respaldado em decisões do STF⁴ e do STJ⁵. Afinal, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório.

Dessa maneira, tendo como base o entendimento dos doutrinadores acima mencionados e o defendido majoritariamente, o sistema adotado no Brasil é o acusatório. Levando em conta os princípios constitucionais implícitos no processo penal e a previsão legislativa do art. 3º-A, incluído pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19).

3 PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO CRIMINAL SOBRE OS MOLDES DO PACOTE ANTICRIME

No sistema judiciário, a prova é considerada o meio para esclarecimento dos fatos buscados no processo, que mais se aproximem da verdade. Esta é assistida por três acepções, sendo como ato de provar, como meio de demonstrar a verdade, assim como o resultado da ação de prova, que servirá como base da análise de toda construção probatória obtida no processo. E por mais improvável que seja alcançar a realidade fática ocorrida, é um compromisso da atividade jurisdicional, não podendo ela ser renunciada, de acordo com Nucci, (2021, p. 110).

A prova tem como finalidade buscar a maior demonstração lógica da realidade dos fatos, pois será com base na construção probatória, que o órgão

⁴ STF, ADI 4.693/BA, DJ 30.10.2018.

⁵ STJ, AgRg no AREsp 1.345.004/RS, DJ 29.03.2019

jugador formará a sua convicção e proferirá sua decisão. Mesmo sabendo que não há uma verdade absoluta e precisa com a realidade histórica levantada no processo.

Nesse sentido, o art. 156 do CPP, autoriza a produção de provas de ofício pelo juiz tanto na fase investigativa, como na fase processual. Porém, com o advento do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), trazendo expressamente a estrutura acusatória à persecução criminal, a doutrina majoritária entendeu que a previsão disposta no art. 156 do CPP perdeu sua aplicabilidade, fundamenta ASSUMPÇÃO (2020). No entanto, o presente art. 3º-A, encontra-se suspenso com a concessão de Liminar das ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX.

Avena (2021) argumenta que, embora vigente a medida liminar, deve prevalecer a orientação do art.3º-A do CPP na fase investigativa, ou seja, não é lícito ao juiz de ofício ordenar produção de provas, conforme dispõe o art. 156, I, do CPP. Mas este entendimento, não deve ser levado para a fase processual, podendo o magistrado ordenar a produção de provas de ofício, desde que tenha o objetivo de esclarecer dúvidas de provas já requeridas ou produzidas pelas partes, de acordo com o art. 156, II, do CPP.

Destarte, entende-se assim, que o juiz não poderá impulsionar a fase anterior à ação penal, estando vedada expressamente pelo Pacote Anticrime qualquer iniciativa do juiz na fase investigativa (art. 3º-A e 156, inciso I do CPP). Porém, a produção incidental de provas ex ofício pelo juiz durante o processo é permitida (art. 156, inciso II, do CPP), desde que no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, com a requisição de provas que entender necessárias e úteis para o processo.

Através dessa previsão legislativa, o assunto que já era discutido pela doutrina e pela jurisprudência, tornou-se mais presente. Levantando assim, as questões sobre a constitucionalidade ou não da previsão de produção de provas de ofício pelo juiz, disposta no art. 156 do CPP.

3.1 MOMENTOS CABÍVEIS PARA A PRODUÇÃO DE PROVAS DETERMINADAS PELO JUIZ

No CPP, se tem a ampliação da faculdade do juiz em determinar produção antecipada de provas, mesmo que antes de iniciada a ação penal, no curso da

instrução, ou antes, de proferir a sentença, a realização de diligências (inciso I e II, do art. 156). Porém, conforme argumentado no tópico anterior, entende-se que o art. 156, inciso I, encontra-se revogado, pela sua incompatibilidade com o CPP e CF.

Assim como, o art. 366⁶ do CPP traz a mesma faculdade ao juiz de determinar a produção de provas consideradas urgentes. Tendo ainda amparo pela jurisprudência na Súmula 455 do STJ: A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

A prova antecipada é aquela que é produzida antes do momento previsto em lei, por caráter de urgência ou relevância, à qual poderá perecer se aguardar o tempo, que dentro da normalidade deveria ser realizada. Esta, deve se dar por um procedimento incidente de natureza cautelar. Além do mais, esta iniciativa ex officio, se dará por audiência pública, desde que demonstre ser indispensável, urgente e relevante, pelo critério de análise do órgão julgador. Na busca de sempre resguardar os princípios da necessidade, proporcionalidade, adequação, ampla defesa e contraditório, conforme argumenta Nucci (2021, p. 363).

No mesmo sentido, temos a aplicação por analogia da inspeção judicial prevista no Código de Processo Civil (arts. 381, incisos I, II e III e 481), conforme salienta Nucci (2021, p. 363), onde dispõe:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Conforme disposto acima, entende-se ser possivelmente aplicável o CPC no processo penal. Devendo o juiz intimar as partes interessadas⁷, para que assim possam acompanhar o trâmite da instrução probatória, pois a natureza cautelar da

⁶ **Art. 366.** Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)

prova permite que as partes participem ativamente. Tendo que, o indiciado sempre deverá estar assistido de um advogado ou por um defensor dativo nomeado pelo juiz, para que não haja violação dos seus direitos constitucionais.

As provas com caráter de urgência são caracterizadas a respeito da necessidade de serem produzidas de imediato, seja ela pericial (antes do desaparecimento dos vestígios ou por estarem comprometidas), assim como as testemunhais (em caso de pessoas idosas, enfermas, onde fique demonstrada a necessidade da sua antecipação). Além destas, temos a possibilidade de antecipação de depoimento especial, de acordo com a Lei 13.341/2017, de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial e judiciária ou violência sexual⁸.

A produção dessas provas devem se adequar aos critérios de necessidade e proporcionalidade, onde o juiz deverá analisar de forma cautelosa e decidir sobre a sua antecipação sempre de forma fundamentada e não genérica. Buscando a adequação e proporcionalidade das mesmas, sempre respeitando o devido processo legal, na busca de alcançar a verdade real e solidificar a sua análise e julgamento a partir das provas produzidas.

3.2 A BUSCA DA VERDADE REAL EM VIRTUDE DA PRODUÇÃO DE PROVAS

Em toda base de construção probatória, desde as fases de investigação, assim como as provas produzidas no processo sobre o crivo do contraditório e ampla defesa, o compromisso do jurisdicionado é buscar a certeza jurídica, chegando o mais próximo da realidade dos fatos. Deste modo, Nucci complementa (2021, p. 270):

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja

⁷ Ministério Público, querelante, indiciado, assistente e defensor (se for aplicável).

⁸Art. 11. § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II - em caso de violência sexual.

pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.

A busca pela verdade real, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais e o sistema acusatório, deverá ser utilizada pelo juiz como uma forma de impulsioná-lo dentro do processo na busca de esclarecimentos. E poderá também requerer a produção de provas que objetivem esclarecer fatos já trazidos pela acusação e pela defesa, para que assim, possa chegar o mais próximo da realidade, exposição e circunstâncias do fato criminoso.

Alguns artigos presentes no CPP evidenciam permissões atribuídas ao juiz para o alcance da verdade material, para assim, buscar esclarecimentos sobre dúvidas levantadas acerca das provas trazidas pelas partes no processo. Como por exemplo, os arts. 209 (onde o juiz poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes), 234 (solicitação de documentos, independente do requerimento das partes), 242 (busca e apreensão de ofício), 404 (requisição de diligências depois de finalizada a instrução).

Assim, argumenta Avena (2021, p. 14) que a busca pela verdade real no liame processual penal, deverá se limitar aos princípios constitucionais e ao texto legal, para que a busca por esses esclarecimentos fáticos não viole os direitos e garantias estabelecidos por lei.

Desse modo, a Constituição Federal estabelece a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, que se estendem às provas produzidas por meios de violação de correspondência, comunicações telegráficas e sigilo telefônico, que violem a intimidade, a vida privada, a honra e imagem, (art. 5^o, incisos X, XII, LVI); proibição de provas obtidas por busca e apreensão não autorizada pelo juiz, salvo as exceções previstas em lei¹⁰; proibição do depoimento de pessoas que tiver

⁹ **Art. 5º, inciso X** - são **invioláveis** a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inciso XII - é **inviolável** o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; inciso LVI - são **inadmissíveis**, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁰ **Art. 5º, inciso XI** – A casa é **asilo inviolável** do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

conhecimento do delito em razão da sua função, ministério, ofício ou profissão (art. 207, CPP¹¹).

Nesse contexto, Capez sustenta (2022, p. 28):

Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição estipula garantias (art. 95), prescreve vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbe juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Dessas regras decorre a de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato.

Em síntese, essas limitações se tornam necessárias para que haja a preservação da imparcialidade do juiz, não devendo o magistrado agir em nome próprio e sim de forma neutra no processo, devendo está vinculado às disposições legais.

3.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A LEGALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFFÍCIO SOBRE OS MOLDES DO PACOTE ANTICRIME

De modo geral, a doutrina se posiciona sobre a legalidade da produção de provas ex officio pelo juiz, e se estes poderes instrutórios conferidos nos artigos do CPP¹², violam ou não os princípios do contraditório, ampla defesa, imparcialidade e da inércia jurisdicional.

Capez (2022, p. 28) defende que se o juiz é inserido no processo como parte, tendo atribuições investigativas e probatórias como de um acusador, a sua imparcialidade se torna vulnerável, além de violar o devido processo legal. Ainda complementa: “A colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do polo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais”.

Na mesma ideia, os precisos termos do art. 3º-A do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei 13.164/19), deixa claro que o sistema processual penal no Brasil será o acusatório, sendo vedada qualquer iniciativa probatória pelo juiz na fase investigativa. Assim, Marcão se posiciona (2022, p. 204):

Sendo o processo acusatório processo de partes, adversarial, também não cabe ao julgador imparcial inclinar-se em socorro da defesa para determinar

¹¹ **Art. 207, CPP.** São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

¹² **Arts. 5º, inciso II; 13, inciso II; 18; 26; 241,** ambos do Código de Processo Penal.

produção de prova ex officio, com o propósito de tentar explicitar prova defensiva que não se apresente suficientemente clara nos autos do processo.

Lopes Jr. (2021), ressalta que o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois violam o contraditório e a dialética do trâmite do processo. Além de fulminar a imparcialidade do magistrado, devendo manter-se afastado da produção probatória. Ainda argumenta (Lopes Jr., 2021, p. 25): “A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”.

Já Avena (2021), alega que o órgão julgador ao tomar qualquer providência sem provocação das partes, antes da ação penal, estaria se afastando da sua imparcialidade, além de violar o sistema acusatório adotado no Brasil. Sendo assim, afirma ser majoritário o sentido da inconstitucionalidade acerca da determinação da produção probatória ex officio, em momento anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

O doutrinador Avena (2021) ainda complementa, que por mais que o art. 3º-A esteja suspenso pelas ADIs, hoje a orientação majoritária tange sobre a inconstitucionalidade e incompatibilidade do requerimento oficioso pelo juiz, de providências na fase anterior a ação penal. Porém, o inciso II do art. 156, a previsão da produção probatória de ofício que julgar necessária, para o esclarecimentos de dúvidas presentes no processo, não traz incompatibilidade com o sistema acusatório adotado pelo CPP e pela CF.

No mesmo sentido, complementa a jurisprudência do STJ:

1. No curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa – com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais – determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do princípio da busca da verdade, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado. 2. Nos termos do art. 156, II, do CPP é facultado ao magistrado, de ofício, ‘determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante’. 3. In casu, o juiz, após as alegações finais, por se tratar de infração penal que deixou vestígios (obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira), converteu o julgamento em diligência e determinou, com fundamento no art. 156, II, do CPP, a realização de perícia grafotécnica em alguns documentos, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante para o deslinde da causa (autoria do fato), facultando às partes, ainda, o exercício dos direitos previstos no art. 159 do CPP (possibilidade de o acusado formular quesitos e indicar assistente técnico), o que não configura qualquer ilegalidade. 4.

Recurso a que se nega provimento. (RHC 59475 – SP, 6.^a T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 09.06.2015, v.u.)

Nucci (2022, p. 239) entende que a atuação do juiz para a determinação de provas de ofício, está moldada pela busca da verdade real. E esta deve prevalecer no processo penal, tendo o magistrado o dever de determinar as provas que achar necessária e razoável, para apurar o fato delituoso. Tendo assim, como finalidade atingir a verdade, independente se esta conduta irá beneficiar as partes, desde que este impulso não viole os princípios constitucionais e visem apenas trazer benefícios ao processo. Utilizando-se o juiz do princípio do impulso oficial para buscar o andamento do feito e esclarecimento de possíveis dúvidas levantadas pelas provas trazidas pelas partes.

Sendo assim, Nucci (2021) ainda ressalta que o art. 156, inciso I, resta revogado por incompatibilidade ao Processo Penal (art. 3º-A), pois só caberá a produção antecipada na fase investigativa a requerimento das partes interessadas e desde que o magistrado verifique a presença do caráter de urgência e relevância da diligência.

Por conseguinte, o posicionamento trazido por Nucci e Avenna, adequa-se ao presente trabalho. Entendendo-se que o magistrado deverá buscar a verdade real, mesmo que esta não possa ser alcançada de forma absoluta, requisitando provas que achar necessárias para o esclarecimento dos fatos trazidos. Porém estas não poderão ser requisitadas de ofício na fase investigativa da persecução criminal, por ser considerada inconstitucional e incompatível com a estrutura acusatória, mas sim, podem ser solicitadas ex officio na fase processual, obedecido os requisitos e princípios do devido processo legal.

Sendo assim, o impulso oficial do juiz dentro do processo, não deverá ser analisado de forma negativa, pois este, desde que respeite os princípios constitucionais e não viole o devido processo legal, buscará trazer esclarecimentos das questões já levantadas pela defesa e acusação, e até mesmo requerer provas com este fim, voltadas a beneficiar tão somente a ação penal.

4 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

O próprio CPP, no art. 156, inciso I, atribui ao magistrado a possibilidade de ordenar antes da ação penal, a antecipação na produção de provas, mesmo que estas, ainda não tenham sido requeridas pelas partes. Sendo assim, alguns doutrinadores de forma majoritária, entendem que o juiz acaba tomando pra si a atribuição de investigar, levando-se a pensar que o sistema acusatório estaria sendo violado.

Neste mesmo sentido, Pacelli defende:

(...) da atual redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, 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. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade é patente.

A argumentação do autor ressalta que a produção de provas ordenada pelo juiz, é um grande retrocesso, versando sobre a inconstitucionalidade, pois a própria Constituição Federal de forma implícita adere ao sistema acusatório. Sendo assim, o Art. 156, inciso I, traz o reflexo de um sistema inquisitorial, o que não se adequa aos princípios constitucionais.

Lopes Jr. (2021, p. 25) ainda reforça:

Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, e não pode mais vigor, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

O doutrinador Aury Lopes Jr. (2021), entende que o juiz na determinação de provas de ofício estaria violando os princípios constitucionais e fazendo parte de um processo inquisitório, afastando-se da sua imparcialidade.

Destarte, Nucci (2021, p. 239) sustenta a constitucionalidade da prerrogativa presente no inciso II, do art. 156 do CPP:

(...) deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio

presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não.

Sendo assim, desde que seja pertinente e razoável, deverá o magistrado requisitar provas na persecução penal, não devendo ficar apenas como mero expectador, agindo de forma neutra, mas sim impulsionar oficialmente e requisitar às diligências que achar necessária para consolidar o seu entendimento.

Nesse sentido, desde que se posiciona o STJ:

Note-se que a produção antecipada de provas é realizada na presença de defensor nomeado, podendo, ademais, ser renovadas ou requeridas novas diligências no momento em que o acusado comparecer ao processo. Trata-se, portanto, de postura que melhor se coaduna com o moderno processo penal, pois privilegia a busca da verdade real, por meio da produção de provas antecipadas, bem como o princípio da ampla defesa, possibilitando ao paciente o exercício da autodefesa, razão pela qual não há se falar em prejuízo à defesa. (RHC 63.682 – CE, 5.^a T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 07.06.2016, v.u.).

Avena (2021) defende a ilicitude e revogação da iniciativa do juiz na fase investigativa, presente no inciso I, do art.156 do CPP, pelo Pacote Anticrime. Porém coaduna com a compatibilidade do inciso II do mesmo artigo ao sistema acusatório e a CF. Pois prevê a produção de provas de ofício na fase processual, estando o juiz resguardado pelo princípio do impulso oficial em busca da verdade real. Além do mais, esta requisição probatória será realizada em pleno contraditório judicial. Podendo o magistrado requisitar diligências de ofício que julgar necessária, para o esclarecimento de dúvidas presentes no processo.

O STJ reitera o entendimento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 4º DA LEI N. 7.492/1986 E 1º, VI, DA LEI N. 9.613/1998. MAGISTRADO QUE HOMOLOGA ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. ARTIGO 252 DO CPP. HIPÓTESES TAXATIVAS. JUNTADA DE DOCUMENTOS NO CURSO DA AÇÃO PENAL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 6. Em obediência ao princípio da busca da verdade real e pela adoção do sistema de persuasão racional do juiz, é possível que o magistrado, na fase processual, determine a produção de provas ex officio, desde que de forma complementar à atividade probatória das partes. No caso, o juiz, conhecedor de elementos probatórios constantes de outras ações penais conexas à presente, e que poderiam suprir dúvidas existentes nos autos sobre pontos relevantes para o julgamento da causa, determinou a sua juntada ao procedimento criminal, com a reabertura de prazo às partes para manifestação. Inteligência dos arts. 156, II e 502 da Lei Adjetiva Penal. 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 221.231/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017).

Em suma, seguindo o pensamento de Nucci e Avena, entende-se que o juiz deverá se posicionar apenas na fase processual da persecução criminal em busca da verdade real, desde que de forma complementar, de acordo com o art. 156, inciso II. Verificando que para este fim, não haja violação dos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade, assim como outros previstos na CF. Não cabendo assim, a sua iniciativa probatória antes de iniciada a ação penal (art. 156, inciso I), por violação ao princípio do contraditório e da imparcialidade.

5 CONCLUSÃO

É possível depreender, a partir dos ditames constitucionais, que o Brasil adotou no processo penal uma estrutura acusatória. A referida interpretação passou a ter mais solidez, após as alterações legislativas, trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.164/19), mais especificamente o art. 3-A do CPP.

Sendo assim, a previsão da produção de provas de ofício pelo juiz na fase investigativa (art. 156, inciso I, do CPP), além de violar o princípio do contraditório, viola o art. 3º-A do CPP. Desta forma, encontra-se revogado tacitamente de acordo com a doutrina majoritária, não devendo assim ter aplicabilidade no processo penal. Pois a requisição de ofício por provas pelo magistrado, antes de iniciada a ação por quem é de direito, contraria o princípio da inércia e imparcialidade jurisdicional.

Em síntese, a previsão legislativa que possibilita o juiz agir de ofício na fase investigativa é uma postura completamente inquisitiva. Devendo o magistrado determinar a produção de provas antecipadas antes da ação penal, apenas se estas forem requeridas pelas partes interessadas.

Porém, no que se refere ao inciso II do art. 156 do CPP, verifica-se que este dispositivo está de acordo com o sistema acusatório, pois o magistrado está cumprindo o seu dever constitucional e função jurisdicional. Não devendo este ficar inerte com o surgimento de dúvidas quanto às provas já expostas.

No entanto, o magistrado, entendendo necessária e razoável a produção das provas, poderá solicitá-las de ofício, desde que de forma excepcional e de natureza complementar, na fase processual. Tendo como objetivo buscar esclarecimentos das dúvidas presentes nas provas já apresentadas na ação. Desde que, verifique

que esta iniciativa beneficiará tão somente o processo na busca da verdade real e não violarão os princípios constitucionais, como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal e principalmente, não afetará e nem corromperá sua imparcialidade.

A postura do juiz ao requerer provas durante o processo penal (art. 156, inc. II, do CPP), não traz uma violação constitucional, pois estas serão produzidas em contraditório judicial e não de forma arbitrária. Desde que esta ocorra no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença e devidamente fundamentada. Não devendo este ser sujeito neutro na persecução criminal, mas sim apreciar as provas já diligenciadas e requerer a que entender necessária, para assim, poder consolidar o seu entendimento e construir o seu juízo com exatidão.

Assim, a decisão do juiz que requisitar provas de ofício no processo, não poderá ser vista como uma regra, mas sim como uma forma complementar e excepcional de impulsionar o andamento da persecução criminal, desde que respeitado os princípios constitucionais e processuais penais. No qual esta decisão, deverá ser devidamente fundamentada, constando a necessidade, proporcionalidade e importância desta para a ação penal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6948/dos-sistemas-processuais-penais>. Acesso em: 09 set. 2021.

AMARAL, Pablo Luiz. Resquícios do sistema inquisitivo no Código de Processo Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 mar 2013, 06:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34146/resquicios-do-sistema-inquisitivo-no-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 26 mar. 2022.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AVENA, Norberto. Processo Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530992767. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BARROS, Antonio Milton de. A reforma do CPP sobre provas: reafirmação do sistema inquisitivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1862, 6 ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11571/a-reforma-do-cpp-sobre-provas>. Acesso em: 09 de set. 2021.

BASTOS, Marcelo Lessa . Processo penal e gestão da prova.: Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13 , n. 1880, 24 ago. 2008 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11593>. Acesso em: 8 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620704. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 03 mai. 2022.

Jurisprudência do STJ. Brasília: STJ. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2763682%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2763682%27.suc e.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2763682%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2763682%27.suc e.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 15 mai. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 12 mai. 2022.

LOPES, Marcus Francisco Medeiros. *A produção de provas de ofício pelo juiz na persecução penal* Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 29 abr 2021, 04:35. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56410/a-produo-de-provas-de-ofcio-pelo-juiz-na-persecuo-penal>. Acesso em: 03 maio 2022.

MARCÃO, Renato F. CURSO DE PROCESSO PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555594485. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 03 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>. Acesso em: 12 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. 9786559643691. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 26 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Processo Penal e Execução Penal - Esquemas & Sistemas. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993153/>. Acesso em: 26 mar. 2022.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597026962. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>. Acesso em: 26 mar. 2022.

RODRIGUES, Bruno. Produção antecipada de provas no processo penal. Jus Brasil, Itajupá-MG. Disponível em: <https://brunorodriguesmelo.jusbrasil.com.br/artigos/462611487/producao-antecipada-de-provas-no-processo-penal>. Acesso em: 04 de mar. 2022.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP anula prova produzida de ofício por juiz, sem manifestação da acusação. Consultor Jurídico. São Paulo-SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-15/tj-sp-anula-prova-produzida-oficio-juiz-primeira-instancia>. Acesso em: 04 de mar. 2022