

O ART. 156, I, DO CPP E O PRINCÍPIO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Alinne de Souza Marques *

1. INTRODUÇÃO

A nova redação do Art. 156, I, do CPP, advindo com a lei n. 11.690/2008, foi alvo de severas críticas pela doutrina, sob o fundamento de que fere o princípio do sistema acusatório. É inequívoco que a fonte maior da controvérsia acerca do modelo processual brasileiro decorre dos dispositivos que asseguram ao juiz a faculdade de ordenar a produção de provas não requeridas pelas partes. Essa polêmica tornou-se ainda mais acirrada a partir da redação determinada pela Lei 11.690/2008 ao art. 156 do CPP, passando este a dispor que, conquanto o ônus da prova incumba a quem alega, o juiz poderá 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 (inciso I), bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (inciso II).

2. DESENVOLVIMENTO

Neste contexto, o impasse relativo ao art. 156 do CPP refere-se, primordialmente, ao que dispõe ao 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.

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

* MARQUES. Alinne de Souza. Advogada e Consultora Jurídica da Seccional do Distrito Federal. Graduada em Direito pela Laureate International Universities. Pós Graduada em Ciências Penais e Processo Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp - Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. www.alinnemarques.adv.br. www.facebook.com/AMAdvocacia.ConsultoriaJuridica. alinne@alinnemarques.adv.br

sua atuação à verificação de determinados pressupostos, quais sejam: (1) Existência de investigação em andamento, desencadeada pelos órgãos competentes; (2) Existência de expediente ou procedimento sob análise judicial, cujo desiderato dependa de prova a ser produzida de ofício, uma representação pela prisão preventiva ou temporária, um requerimento de busca e apreensão, um pedido de sequestro de bens etc.; (3) *Periculum in mora*, demonstrado por meio da relevância e urgência da medida determinada pelo magistrado; (4) *Fumus boni iuris*, externado por meio de indícios de autoria de uma infração penal ou de prova de sua materialidade; (5) Excepcionalidade da atuação judicial, determinada a partir de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida probatória, em conformidade com o que reza a parte final do art. 156, I, do CPP. Ausente qualquer dessas condições, a prova realizada *ex officio* pelo juiz antes do início da ação penal deve ser considerada ilícita em face da violação ao princípio acusatório, devendo ser desentranhada e, conforme o caso, inutilizada, nos termos do art. 157, caput e §3º do CPP.

Além disso, até mesmo por motivos relacionados à competência do juiz para a ordem judicial de produção antecipada de uma determinada prova, reputamos indispensável a existência de procedimento posto à apreciação judicial. Considera-se, por exemplo, que, ainda no curso de um inquérito policial, aporte em juízo representação do delegado pela prisão preventiva de pessoa investigada na participação em organização criminosa. Ao analisar a representação policial, constatar o magistrado que o momento é propício para a quebra do sigilo telefônico do representado ou de supostas conversas, ou então de uma busca e apreensão domiciliar, nada obsta que venha a determinar, oficiosamente, tais medidas sob o fundamento de que a não realização imediata poderá acarretar o perecimento da prova ou até mesmo prejuízo à manutenção da custódia provisória que for decretada. A legalidade desta espécie de atuação judicial já foi decidida no âmbito do STJ, ao apreciar hipótese em que o juiz, diante de pedido de arquivamento de inquérito policial formulado pelo Ministério Público, determinou *ex officio* a realização de busca e apreensão cujo resultado serviu de substrato para posterior oferecimento da denúncia a condenação do imputado. Na oportunidade decidiu a Corte que, “se o Ministério Público pediu o arquivamento do inquérito policial apenas por estar incompleto, nada impede que o juiz, detectando as falhas e omissões na investigação, determine a continuidade das diligências”. No voto do relator, lê-se que “o magistrado efetivamente pode, de jure (e com base no art. 242 do CPP), determinar a medida de busca e apreensão *ex officio*, em homenagem ao Princípio da Busca da Verdade Real, que não pode ser visto como atividade vulneradora do sistema constitucional vigente” (REsp

582.881/PR, DJ 02.02.2004). Precitada decisão foi mantida no STF, por ocasião do julgamento do HC 84.051/PR, DJ 02.03.2007.

3. CONCLUSÃO

Por fim, há que se ter em mente que a ordem judicial *ex officio* de produção antecipada de provas deverá ocorrer apenas em caráter excepcional, justificando-se muito especialmente na necessidade de elucidação de crimes graves, como tais considerados aqueles cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, os delitos capazes de gerar mal coletivo (tráfico de drogas que causa prejuízo a número indeterminado de pessoas) e os causadores de elevada perturbação no meio social.

O legislador não definiu em quais circunstâncias o magistrado poderia solicitar *ex officio* a produção antecipada de provas. Por obséquio dessa necessidade do juiz, só seria possível quando em decorrência de uma provocação judiciária, seja como medida cautelar, tornando prevento o juízo que conceder a medida, ou como incidente processual. A meu ver, a única possibilidade da aplicação desse dispositivo, quando da inércia do judiciário pelas partes, seria quando no curso de um processo, o juiz verificando a existência de um outro crime não relacionado com o crime referente ao processo em curso, requisita a instauração de inquérito para apurar o fato, solicitando, assim, provas antecipadas *ex officio*. Do contrário, principiológicamente, o princípio do sistema acusatório estaria ferido, sendo uma reafirmação do princípio inquisitório, no qual o juiz passa a ter uma atuação investigativa, sendo clara a possibilidade de iniciativa probatória.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Pierri Souto Maior Coutinho. *O novo art. 156 do Código de Processo Penal*. Dez de 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11955/o-novo-art-156-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 30 de Mar de 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Editora Lumens Juris. 2008.