

Direito
V.10 • N.2 • Publicação Contínua - 2025
ISSN Digital: 2316-381X
ISSN Impresso: 2316-3321
DOI: 10.17564/2316-381X.2025v10n2p292-307



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, DO CPP: UMA VISÃO DO PROCESSO PENAL PELA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF ART. 156, OF THE CPP: A VIEW OF THE CRIMINAL PROCESS FROM THE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 156 DEL CPP: UNA MIRADA AL PROCESO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Ronaldo Alves Marinho da Silva¹
Arthur Irwin²

RESUMO

É necessário que com o passar dos anos se observe o Direito Processual Penal sob o viés do Direito Constitucional a ponto de observar se determinada norma jurídica se encontra sob o manto da constitucionalidade. Nesse sentido, se analisa o art. 156 do CPP brasileiro produzido antes da Constituição Federal de 1988 para observar se esse dispositivo se amolda ao regramento constitucional atual. Para isso, é necessário observar a disposição literal do excerto lega, a análise doutrinária, bem como o enfrentamento jurisprudencial do tema afim de se ter um olhar amplo sobre o tema em questão. Dessa forma, se permite uma análise transversal do tema a ponto de fazer um estudo acurado distante do seguimento apenas do que produzido pelos tribunais e verificando sob vários enfoques o tema analisado. Com isso, se verifica que esse artigo não deve ser considerado recepcionado pelo texto atual, pois sob o prisma do processo penal acusatório consagrado na Constituição Federal, bem como na presunção de inocência não é possível se aceitar disposições como essa.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; Direito Constitucional; inconstitucionalidade; art. 156 do CPP brasileiro.

ABSTRACT

It is necessary that, over the years, Criminal Procedural Law be observed from the perspective of Constitutional Law to the point of observing whether a certain legal norm is under the mantle of constitutionality. In this sense, art. 156 of the Brazilian Criminal Procedure Code produced before the 1988 Federal Constitution to observe whether this provision conforms to the current constitutional rules. To do this, it is necessary to observe the literal disposition of the legal excerpt, the doctrinal analysis, as well as the jurisprudential confrontation of the topic in order to have a broad look at the topic in question. In this way, a cross-sectional analysis of the topic is allowed to the point of carrying out an accurate study far from following only what is produced by the courts and verifying the analyzed topic from different perspectives. Therefore, it appears that this article should not be considered accepted by the current text, since from the perspective of the accusatory criminal process enshrined in the Federal Constitution, as well as the presumption of innocence, it is not possible to accept provisions like this.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; Constitutional Law; unconstitutionality; art. 156 of the Brazilian CPP.

RESUMEN

A lo largo de los años, ha sido necesario observar el Derecho Procesal Penal desde la perspectiva del Derecho Constitucional para determinar si una norma jurídica determinada se encuentra amparada por la constitucionalidad. En este sentido, se analiza el artículo 156 del Código Procesal Penal brasileño, anterior a la Constitución Federal de 1988, para determinar si esta disposición se ajusta a las normas constitucionales vigentes. Para ello, es necesario observar la disposición literal del texto legal, el análisis doctrinal y la confrontación jurisprudencial del tema para obtener una visión amplia del mismo. De esta manera, se permite un análisis transversal del tema hasta el punto de realizar un estudio preciso, más allá de la mera interpretación de los tribunales y verificando el tema analizado desde diversas perspectivas. Con esto, se verifica que este artículo no debe considerarse aceptado por el texto actual, ya que, desde la perspectiva del proceso penal acusatorio consagrado en la Constitución Federal, así como de la presunción de inocencia, no es posible aceptar disposiciones como esta.

PALABRAS CLAVE

Derecho Procesal Penal; Derecho Constitucional; inconstitucionalidad; artículo 156 del Código Procesal Penal brasileño.

1 INTRODUÇÃO

O *standard* de prova e o ônus probatório dentro de um processo penal são temas de mais alta relevância. Sem o adequado debate sobre esses dois pontos de nada adiantaria o estado de inocência, pois seria apenas uma norma inócua dentro do sistema processual penal e de direitos e garantias fundamentais.

Dentro desse debate, ganha relevância a discussão acerca da constitucionalidade do art. 156, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), que traduz uma realidade mais civilista para dentro do processo penal. Nesse ponto, o presente artigo busca debater acerca do cabimento do referido dispositivo dentro de um esquadro constitucional e principiológico do processo penal democrático.

O objetivo deste estudo é justamente esse novo dispositivo do Código Penal adjetivo, analisando criticamente a sua redação legal e as interpretações doutrinárias produzidas a partir dessa alteração. É nesse segundo ponto que reside o debate, afinal a norma interpretada está adequada e reflete os objetivos a que se propôs?

Por fim, deve-se verificar quais os princípios constitucionais e quais dispositivos podem estar em desacordo com esse elemento. Assim, será feito um cotejo doutrinário e não exaustivo do cabimento (ou não) do referido artigo legal com a Constituição da República. Após, então, será possível observar se o dispositivo supramencionado é ou não adequado ao panorama civilizatório exposto na Lei Maior.

O presente artigo busca trilhar o caminho que é lançado por alvissareira doutrina e jurisprudência que é tentar verificar as normas processuais penais pela óptica da Constituição da República. Tal análise busca ampliar a discussão da constitucionalização do direito processual penal, passo fundamental para se chegar a uma aplicação da norma jurídica mais avizinhada com o que preconiza a Carta Magna.

Nessa toada, trata-se o presente estudo de uma análise indutiva, baseada no texto constitucional e na jurisprudência produzida no Brasil para analisar a constitucionalidade do art. 156 do Código de Processo penal. Isso tem o fito de destravar o debate sobre os seus fundamentos, com o fim de estruturar um entendimento de quais são os seus contornos e indutivamente verificar a compatibilidade do texto constitucional com o referido dispositivo constitucional (Marconi; Lakatos, 2022, p. 98).

2 DA ANÁLISE DO ART. 156 DO CPP.

A redação originária do art. 156 do Código de Processo Penal assim dispunha: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença,

determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (Brasil, 1940, on-line).

Tal redação fora modificada pela Reforma de 2008 promovida pela Lei n. 11.690/2008 e passou a descrever de maneira mais detalhada esse dispositivo legal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – 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;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Brasil, 2008, on-line).

Ao iniciar o debate acerca desse dispositivo, Guilherme de Souza Nucci demonstra que o objetivo da prova é primeiramente convencer o juízo que preside o processo na descoberta da verdade. Tal verdade seria aquela atingível ou possível, ou seja, aquela que pode verter do debate dialético entre as partes (Nucci, 2024, p. 364).

Nesse ponto, é necessário deduzir que o processo é um instrumento imperfeito para se verdade processual. Analisando essa visão, Salah H. Khaled Jr., adverte que autores como Ferrer Beltrán autorizam a ideia de verdade aproximada. Contudo, entende-se que a verdade não pode ser o fim primeiro do processo, mesmo que aproximada ou tida como possível. Isso porque esse entendimento não se coaduna com um pensamento científico, adequado, democrático e racional, pois temos dispositivos antiepistêmicos previstos em nosso Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal, que denotam que o sistema brasileiro privilegia direitos e garantias fundamentais (Khaled Jr., 2016, p. 174).

Esse ponto destoa o universo jurídico das ciências exatas, isso porque a decisão dos juízes, dentro de um processo penal, é baseada em probabilidades, pois se reportam a um fato pertencente ao passado e que não pode ser replicado, mesmo dentro de regra pré-definidas no presente. Isto é, não se pode ter a soberba de achar que mesmo dentro de um processo regrado será possível chegar ao que aconteceu em um passado distante, mesmo que por intermédio de pessoas que estiveram presencialmente nesse evento (Andrade, 2024, p. 77).

Tanto assim o é que, analisando o processo penal, o que se verifica é que não se está em discussão o fato em si, esse é pronto e acabado e pertence ao passado. O que as partes esgrimem são versões acerca de elementos daquele fato. Dito de outra maneira, o assassinato de uma pessoa raramente é discutido dentro de um processo, o que se debate é se determinada pessoa, por meio do móvel exposto na denúncia ou queixa-crime, praticou aquela ação da forma que foi descrita na peça vestibular acusatória (Taruffo, 2014, p. 19).

Diante disso, surge o debate acerca do ônus probatório e do standard de prova. Ou seja, se não conseguimos chegar precisamente ao que de fato ocorreu dentro de um procedimento penal, mesmo que obedecidas todas as regras, precisamos ter uma distribuição do ônus probatório e dentro de um *standard* probatório adequado.

Nesse ponto, cumpre aduzir que na doutrina estrangeira é possível depreender a existência de três grandes graus de suficiência probatória, especialmente quando analisada a doutrina norte-ame-

ricana, mais prolífica no tema. O primeiro é o de preponderância de provas *prepoderance evidence* (preponderância de provas), o segundo é de prova clara e convincente (clear and convincing evidence) e, por fim, o mais famoso que é BARD (beyond a reasonable doubt) ou seja, para além de uma dúvida razoável (Badaró, 2023, p. 247).

Não se desconhece que a doutrina de Gustavo Badaró (2023, p. 269) ao problematizar o standard de prova para além de uma dúvida razoável propõe um quarto grau que seria a “elevadíssima probabilidade” com o fito de reduzir ao mínimo possível o grau de subjetivos da juíza ou do juízo no momento de decisão, porém não se deter-se-á mais sobre esse assunto por não ser o foco desse articulado.

Ao que é possível depreender do art. 156, do Código de Processo Penal, por sua redação exata, o *standard* adotado foi o de *prepoderance of evidence*, ou seja, as partes possuiriam, no entender exclusivo desse dispositivo legal, o ônus de esgrimir suas teses e provarem em pé de igualdade.

Tal entendimento é fortemente criticado por parcela relevante da doutrina processual penal. Ao debater esse dispositivo legal, Aury Lopes Jr. (2023, p. 174) descortina que tal artigo, em verdade, busca trazer para dentro da seara processual penal a distribuição do ônus da prova exposto no âmbito do processo civil.

Nesse ponto, é importante destacar que a distribuição do ônus de prova não é compatível com o princípio da não culpabilidade. Isso porque se não é possível a inocência ser presumida e o acusado necessitar provar algo ou investir em um campo probatório. Essa argumentação não pretende vedar a produção probatória defensiva que é salutar, mas busca coloca-la como um mero direito da defesa que, caso não exercido, não pode gerar qualquer consequência no que tange a valoração da prova.

Nesse sentido, no Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 373, aduz que o ônus incumbe a quem alega. Esse entendimento está estribado em modo de pensar em que ambas as partes possuem grau de suficiência e acesso as provas semelhantes, típico das relações cíveis ordinárias, em que o aparato estatal, via de regra, não faz parte de nenhum dos polos do processo (Câmara, 2020, p. 252).

Dito isso, a visualização do processo penal por ópticas e distribuições de cargas probatórias de maneira civilista é desconsiderar a independência e suficiência de cada uma dessas modalidades de processo. Nesse ponto, não se desconhece da previsão do art. 3º do Estatuto processual penal³ que permite a aplicação subsidiária do congênere cível dentro da seara penal, porém tal reflexão não pode desvirtuar pilares principiológicos do ramo penal. Pensar de outra maneira seria ter o Direito processual penal como um apenso do processo civil, por esse tutelado.

A seguir nessa trilha, a doutrina de Gustavo Badaró (2023, p. 287-288) sublinha que o ônus probatório pertence totalmente ao Ministério Público:

O ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva. Para usar a regra do processo civil, ao Ministério Público caberá não só o ônus da prova da existência do fato constitutivo do direito de punir, como também inexistência dos fatos impeditivos de tal direito.

3 Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (Brasil, 1941).

Esse entendimento não é isolado. Nesse ponto, Andrade (2024, p. 127) aduz que essa se trata de uma regra probatória que incide até mesmo em casos de a defesa esgrimir teses tendentes a excluir a ilicitude (como legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, dentro outras) ou mesmo a culpabilidade (erro de proibição, inexigibilidade da conduta diversa, entre outras).

Ao lançar um novo olhar sobre o tema, Rosa e Rudolfo ao joeirar o tema da teoria da perda de uma chance probatória, aduzem que mesmos nos temas que interessam a defesa ou que poderiam potencialmente ajuda-la (arrolar testemunhas do fato etc.), é ônus da acusação trazer todo o arcabouço probatório relativo aqueles autos. Dessa sorte, adianta-se no raciocínio ao afirmar que se tal desiderato não for levado a efeito com a abertura de uma lacuna probatória, a acusação deve ser sancionada com a absolvição do polo passivo da ação penal (Rosa; Rudolfo 2024, p. 144).

Assim, para além do debate acerca da constitucionalidade da norma, que serão melhor exploradas mais a frente nesse articulado, a própria doutrina (não integralmente, é verdade) tem demonstrada contrariedade com o referido dispositivo legal. Mesmo assim, é bom que se destaque que o Superior Tribunal de Justiça vem albergando o art. 156, do CPP, com relação a distribuição do ônus da prova. O primeiro caso é a comprovação da licitude do bem que esteja em posse daquele que é acusado do delito de receptação (art. 180, do CP):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA COM VISTAS A ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ORIGEM LÍCITA DOS BENS. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do acusado, cabe à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova (AgRg no HC 331.384/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017). 5. Agravo Regimental desprovido. (STJ. Quinta Turma. **AgRg no AREsp n. 979.486/MG**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 13/03/2018. DJe. 21/03/2018)

Além desse exemplo, existem outros exemplos em que essa Corte Superior vem entendendo que o ônus da prova é defensivo. Um caso que avulta da jurisprudência da Corte Cidadã é a prova de que a arma empregada em um roubo é uma arma de brinquedo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO APREENSÃO DO ARTEFATO. OUTROS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO. IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão" (EResp n. 961.863/RS, relator Mi-

nistro Celso Limongi (Desembargador Convocado do Tj/sp), relator para acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe de 6/4/2011). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. Quinta Turma. **AgRg no HC n. 777.178/PI**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. j. 07/02/2023. DJe 14/02/2023).

Dessa forma, é possível se inferir que o art. 156 do CPP, no que tange ao ônus da prova, segue em plena vigência e aplicação, em que pese a crítica de parcela da doutrina. Contudo, para além desse ponto, é necessário analisar a questão relativa à iniciativa probatória do juízo, prevista no inciso II do referido artigo que é comumente denominada de atuação probatória de ofício (Brasil, 1941).

Ao observar o tema, Nucci aduz que essa possibilidade decorre dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Nesse ponto, destaca que o juízo pode produzir provas pertinentes e razoáveis acerca do fato cerne da lide penal. Além disso, sublinha a necessidade de o(a) magistrado(a) dar impulso ao processo com o consentimento das partes ou não (Nucci, 2024, p. 366).

Gustavo Badaró (2023, p. 35), sendo um pouco mais restrito, aduz que o(a) juiz(a) deve buscar a verdade sobre os fatos alegados pelas partes. Ou seja, desde que a acusação ou a defesa coloquem nos autos determinado elemento acerca do fato ou do acusado, este ganha o *status* de *thema probandum* e, dessa maneira, é suscetível a iniciativas probatórias do(a) magistrado(a). Lado outro, se a autoridade judiciária leva fato estranho ao processo, por meio da produção de prova, estaria ferindo o princípio da imparcialidade.

No outro extremo da compreensão de Nucci, o magistrado Flávio da Silva Andrade aduz que o(a) juiz(a) deve evitar ao máximo produzir provas, mesmo que de ofício. Nessa trilha, entende que a atribuição da autoridade judiciária é, ao final, verificar se a acusação amealhou prova suficiente para se impor uma sentença penal condenatória, dentro de um estado de inocência previamente insculpido (Nucci, 2024, p. 133-134).

De forma mais incisiva, Aury Lopes Jr. (2023, p. 173) aduz:

É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estruturam o processo penal e o sistema acusatório, e ainda não existe qualquer possibilidade “de bom uso” de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar. Recordemos as palavras da Exposição de Motivos do Código Modelo de Processo Penal para Iberoamérica: “o bom inquisidor mata o bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor”. São posturas incompatíveis.

Noutro giro, com relação a possibilidade de produção antecipada de provas estipulada no inciso I, do art. 156 do CPP, não há debate acerca de sua legalidade e constitucionalidade. Trata-se de uma medida epistêmica a fim de amealhar melhor e mais preciso material probatório⁴.

4 Nesse ponto, impende destacar que a decisão que determinar a produção antecipada de provas, no caso de citação por edital do(a)(s) acusado(a)(s) deve ser suficientemente fundamentada não sendo admissível que o Juízo fundamente apenas no mero decurso do prazo (Avena, 2023, p. 446).

Dito isso, para além dos (relevantes) debates dentro da seara do processo penal, cumpre avaliar a possibilidade de ele ser aceito no sistema constitucional brasileiro. Nesse ponto, é importante repisar que não deve ser a Constituição da República que deve ser retorcida até se adequar a norma, mas ao contrário, a legislação infraconstitucional que deve ser analisada e aceita (ou não) com os óculos da Carta Política. Para entender esse tema, precisa-se (não de forma exaustiva, mas sim com o fito de contextualizar) analisar os princípios constitucionais relacionados ao tema aqui esposado.

3 DOS PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS APARENTEMENTE EM CONFLITO COM O ART. 156, DO CPP

Conforme fora demonstrado alhures, fez-se uma análise acerca do art. 156 do CPP e os debates *interna corporis* da doutrina processual penal, bem como com outros ramos do direito. Esse debate já é deveras conhecido e verificável diante da multiplicidade de visões doutrinárias do processo penal. Esse é um dos primeiros problemas daqueles que militam no direito penal adjetivo, isto é, diante da colcha de retalhos que compõem o Código de Processo Penal, que permite visualizações de diferentes visões diante da mesma legislação.

A título de exemplo, ao observar o atual estatuto processual penal verifica-se no art. 3º-A⁵ a estipulação de que o sistema adotado no processo penal brasileiro é acusatório, vedada a iniciativa probatória do juízo. Por outro lado, quando se observa o artigo em comento nesse articulado (art. 156, II⁶) verifica-se a possibilidade de o juízo produzir provas. Ora, a aplicação dos dois artigos é algo que tende a irracionalidade sistêmica e a total impossibilidade de se colocar em prática.

Nessa trilha, esse importante ramo do direito fica quase “a gosto do freguês”, isso porque, dentro de um sistema tão disfuncional, é possível (e legítimo) haverem concepções absolutamente díspares ante a mesma norma.

Dentro dessas possibilidades, a visualização defendida nesse articulado é de verificar o processo penal pela óptica da Constituição Federal e dos princípios oriundos da atual Carta Maior. Assim, toda a legislação insculpida dentro do atual *Codex* processual penal deve ser visualizada a partir da leitura constitucional (Lopes Jr., 2024, p. 4).

O primeiro ponto que pode ser questionado é o princípio acusatório. Sobre tal elemento é adequado primeiramente aduzir que em que pese ele não estar expressamente previsto na Constituição da República, ele advém de uma leitura sistêmica. Nesse sentido, quando se pensa em um processo penal que preserve o Ministério Público como titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da CF) e juízo competente e imparcial. Ao observar por esse sentido, cumpre demonstrar então que a Carta Política, para além

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

6 Art. 156. II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Brasil, 1941).

de uma norma fundante de um sistema jurídico de um país, é capaz de gerar princípios que advém da junção de seus fragmentos. Logo, entende-se que o princípio acusatório está presente no sistema constitucional brasileiro (De Paulo; Silva; Maziero, 2020, p. 1007).

Resumidamente, o sistema acusatório busca a distinção clara e precisa entre as funções de acusar e julgar que permite a imparcialidade. Observe-se que não mais se exige (como outrora) apenas a separação das pessoas que acusam, defendem e julgam. Ao contrário, a doutrina mais moderna exige que haja realmente uma divisão de tarefas que esteja estampada na atuação de cada um dos processos. Não se pode autorizar, por exemplo, que juízes indiquem provas para a defesa ou para a acusação. Nesse caso, mesmo havendo a divisão corpórea de partes no processo, não haveria a necessária divisão funcional, que é necessária para um processo penal verdadeiramente acusatório (Boschi, 2020, p. 521).

Nesse diapasão, verifica-se uma crítica profunda da doutrina e da academia que rechaçava o denominado sistema misto, tido por alguns doutrinadores como sendo o adotado no Brasil. O que se verifica é que a Constituição da República já adotava o sistema acusatório, desde a sua concepção, e o CPP não está adequado a esse pensamento da Carta Magna, devendo ele se curvar a CF/1988 (Caporal; Silva, 2021, p. 4).

Assim, o que o art. 3º-A do CPP fez foi colocar no seio do direito infraconstitucional o que já estava sublinhado na Lei Maior. Lado outro, é verificável que o art. 156, *caput* e II, do CPP está em absoluto descompasso com o referido princípio constitucional. Primeiramente, com relação ao *caput* do referido artigo, deve-se observar que um dos principais pontos do sistema acusatório é retirar das mãos do inquisidor a produção de prova. Essa carga passa a ser então de um órgão estatal especialmente pensado e tido como parte que deve trabalhar para amearhar, dentro dos parâmetros constitucionais, o maior número de provas epistemicamente seguras para alicerçar eventual sentença penal condenatória ou, na falta delas, a absolvição.

Ao analisar esse ponto, é possível compreender que ao contrário do processo civil, onde há uma distribuição de cargas probatórias, no processo penal esse ônus todo está a cargo do órgão acusador. Nesse ponto, a compreensão literal do art. 156, *caput*, do CPP pode gerar a exegese de que há uma cadência de ônus probatório que depende do momento processual que, inclusive (porque não?), admitiria a inversão do ônus da prova. Aceitar a interpretação literal, então, violaria tal princípio constitucional.

Para além de tal elemento, ao discorrer sobre as hipóteses doutrinárias que defendem a possibilidade de uma certa distribuição do ônus probatório, é possível perceber que essa possibilidade esbarra em outro princípio constitucional, o estado de inocência. Isso porque, sendo essa viga processual importante dentro da conjuntura de um processo penal democrática, não é possível que se exija do acusado – tido e havido como inocente durante toda a fase processual – que produza qualquer prova. Nesse ponto, incumbe ao órgão acusador – além de discorrer uma vertente para os fatos passados que conduza a condenação – a necessidade de refutar todas as possibilidades alternativas apontadas pelo acusado, tais como causas de afastamento da antijuridicidade e da culpabilidade (Carmo; Santiago, 2022, p. 991).

Sobre esse ponto, um aspecto deve ser especialmente ressaltado. É que o termo mais adequado é estado de inocência ao invés da conhecida presunção de inocência. Isso porque, a presunção admite prova em contrário, o que faria com que tal princípio apenas valesse de largada, mas poder-se-ia

debater a possibilidade de ser corroído com a apresentação de provas pela acusação. Ao contrário, o termo estado de inocência presume algo imutável e estático que deve valer, então, para todo desenrolar da ação penal (Badaró, 2023, p. 290).

Assim, mesmo que todas as provas apontem na direção da condenação que poderá ser erigida ao final do processo penal, não se pode ter o(a)(s) acusado(a)(s) como culpado. Não há qualquer presunção nesse ponto. As pessoas que compõem o polo passivo da ação penal são inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao retornar ao centro do presente estudo, a distribuição do ônus probatório vilipendia a presunção de inocência. A situação de não culpabilidade permite ao(a)(s) acusado(a)(s) não produzir prova e, mesmo, assim ser ao final absolvido. Nesse sentido, se a pessoa acusada promover uma narrativa lógica, dentro de um parâmetro de razoabilidade, que trilhe um caminho diferente do que perfilhado pela acusação, deve o órgão acusador, seja ele Ministério Público ou querelante, desconstruir aquela versão sob pena de ter sua versão acusatória julgada improcedente.

Dessa forma, primeiramente, o art. 156, *caput*, do CPP não se coaduna com o princípio do estado de inocência pelos argumentos alhures esposados. Não é outro o destino que se entende ser adequado ao inciso II do referido artigo que permite a iniciativa probatória do juízo. Para analisar esse dispositivo, é necessário rememorar que, ao contrário do processo civil, o ramo adjetivo penal permite que o juízo manifeste ao final do *iter* processual a estagnação em estado de dúvida. Isto é, o CPP admite em seu art. 387, VII, que ao final de todo rito processual o juízo entenda não ter restado certeza da condenação ou absolvição. Nesse caso, deverá então a autoridade judiciária absolver.

Tal escolha legislativa é política e axiológica tomada de maneira soberana pelo direito brasileiro ao exigir um *standard* probatório mais alto, mesmo sabendo que essa opção poderá (e fatalmente ocorrerá) resultar na absolvição de culpados. Essa disposição permite que mesmo atuando com diligência, o magistrado não precise sair de seu estado de inércia em busca de provas, pois pode entender que a acusação simplesmente não atingiu o grau exigido pelo legislador para se condenar e declarar a absolvição (Badaró, 2023, p. 145).

Essa regra, advinda do princípio do estado de inocência se coloca em colisão com qualquer atividade probatória do(a) magistrado(a) mesmo que recheada de boa vontade e com o fim de absolver. É necessário apenas um silogismo básico para se perceber que, saindo o(a) magistrado(a) do seu local de espectador da esgrima das partes para buscador de provas não pode ter outro resultado (culposo ou doloso) que não de encontrar provas que arrimem uma condenação. Ademais, para além dessa análise, é possível perceber que ao assim agir o(a) juiz(a) se avizinha cada vez mais do sistema inquisitivo em que o estado de inocência era reprovado e malquisto (De Paulo; Silva; Maziero, 2020, p. 1008-1009).

Ao correlacionar esse tema, quando se movimenta o juízo para a produção de provas também se questiona a imparcialidade do(a) magistrado(a). Nesse ponto, ao debater a gênese do próprio processo penal, percebe-se que quando o Estado avoca para si o *jus puniendi*, ele só tem sentido se houver um terceiro imparcial e ignorante ao processo, não comprometido com qualquer das narrativas e que possa trabalhar para cumprir as regras do jogo e, ao final, verificar a suficiência ou não do *standard* probatório amealhado (Comar, 2022, p. 33-34).

Sobreleve-se que para além de um princípio constitucional e fundante de qualquer processo, a imparcialidade está prevista em Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil que, de acordo com nossa Constituição Federal são equivalentes a emendas constitucionais (art. 5º, §3º, da CF⁷) também preveem esse tipo de direito. Nessa toada, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pela República Federativa do Brasil pelo Decreto n. 678/1992 aduz:

Artigo 8. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso) (Brasil, 1992, on-line).

Essa disposição é constantemente reafirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como, por exemplo, no caso Duque v. Colômbia (2016, p. 47):

A Corte reitera que o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo, devendo-se garantir que o juiz ou tribunal no exercício de sua função como julgador conte com a maior objetividade para enfrentar o julgamento.

Nesse ponto, Lopes Jr., superando a afirmação de que o princípio do estado de inocência seria a principal regra do processo, aduz que a imparcialidade é a viga mestra do processo penal constitucional. Nesse diapasão, de nada adianta(ria) aduzir que se respeita a presunção de inocência se não houver a originalidade cognitiva do(a) magistrado(a), ou seja, se não se puder manter a autoridade judiciária distante dos vieses das partes até o momento que precisar decidir. Assim, ao determinar a realização de uma prova, o juízo se imiscui na realidade processual prejudicando esse princípio matriz do processo penal democrático (Lopes Jr., 2024, p. 233)

Ao debater esse ponto, o Supremo Tribunal Federal expressamente aduziu:

1. O princípio constitucional da separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da Constituição República, revela-se incompatível com arranjos institucionais que comprometam a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, predicados necessários à garantia da justiça e do Estado de Democrático de Direito. (**ADI 5.316/DF MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. j. 21/05/2015. DJe. 06/08/2015).

Ao arrimar isso, deve-se rememorar o argumento que fora dito alhures, qual seja, o juízo que decide o processo já tem a seu lado a regra que possibilita a dúvida que traz uma segurança para não ser tido como desidioso ao não ir em busca da prova. Nesse ponto, há de se fazer mais um silogismo, se o juízo

7 Art. 5º. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Brasil, 1988).

tem a possibilidade de permanecer estancado da produção probatória e ficando em dúvida declarar isso de maneira expressa na sentença declarando a absolvição, então não se pode cogitar outro objetivo com a busca da prova que não seja o de arregimentar elementos para uma sentença condenatória.

Não é despidendo, por fim, dizer que ao confrontar-se com o princípio do estado de inocência, com o sistema acusatório e com a imparcialidade do juízo, o art. 156 do CPP acaba violando o devido processo legal. Esse que é um dos maiores princípios do Direito Constitucional e engloba diversos outros sub-princípios que, vistos organicamente, garantem um julgamento justo aos cidadãos e jurisdicionados. Assim, não há como haver um *due process of law* no âmbito penal se não houver respeito ao estado de inocência, ao princípio acusatório e ao juízo ou tribunal imparcial (Mendes; Branco, 2022, p. 628-629).

Assim, não respeitados esses princípios caros ao Direito Processual Penal, visto sob a óptica do Direito Constitucional, entende-se que o art. 156, *caput* e II, do CPP não é compatível com a Constituição Federal e seus princípios mais caros. Ademais, tais dispositivos são incompatíveis com o próprio Código de Processo Penal ao prever no art. 3º-A que se rege pelo princípio acusatório.

Ponto importante sobre essa norma é que ela não foi recepcionada e que a alteração realizada em 2008 é plenamente inconstitucional. Nesse ponto, *primo icto oculi*, para se adequar ao modelo de controle de constitucionalidade nacional é possível entender que esse dispositivo, tal qual fora gerado, não foi recebido pela Constituição. Esse fenômeno da recepção é o mais adequado, pois ele é aquele que permite o cotejo das normas produzidas anteriormente a atual Carta Magna com o texto desta, tendo em vista que o atual CPP fora gerado em 1941 (Moraes, 2024, p. 800).

Já com a relação a reforma de 2008 ao modificar o *caput* e adicionar incisos ao art. 156, do CPP sem modificar e arejar democraticamente o núcleo ontológico da norma é plenamente inconstitucional. Isso porque, conforme dito, trata-se de uma legislação que viola o princípio do estado de inocência, imparcialidade do juízo, princípio acusatório e do devido processo legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou dois pontos inicialmente. Primeiramente, debater acerca do art. 156, do CPP, mormente em seu *caput* e §2º, do CPP. Para isso se verificou a doutrina prevista com posições díspares a fim de observar as múltiplas posições externas pela academia e determinar qual o viés adotado nesse estudo.

Após, fora definida como forma de análise a visualização do referido dispositivo a partir de uma óptica constitucional. Tal forma de interpretação visa sublinhar de forma clara a supremacia constitucional a qualquer dispositivo legal, vislumbra essa que por vezes é olvidada por operadores do Direito, mas que constitui viga mestra de qualquer sistema de proteção e garantias fundamentais que vise um processo penal democrático.

Nesse ponto, foi possível observar que aparentemente o dispositivo legal ora em exame se contradiz com o princípio acusatório, do estado de inocência, da imparcialidade do juízo e do devido pro-

cesso legal. Ao assim aduzir, o articulado buscou debater cada um dos princípios, suas visões e especialmente sua aplicação, tanto a nível nacional quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, se verificou que o excerto legal supramencionado não se coaduna com os referidos princípios e, portanto, é inconstitucional. Tal afirmação, por óbvio, não tem o objetivo de ser exauriente, mas de proporcionar a reflexão acerca do dispositivo legal, especialmente amparada no esquadro constitucional.

É preciso, então, que tal análise seja feita com todos os dispositivos legais. Não é possível se aceitar fragmentos legais (ou quiçá, leis completas) que desafiam princípios e regras constitucionais. Assim proceder seria sepultar o caráter *erga omnes* da Carta Política e desafiar o poder constituinte originário e derivado construído a duras penas pela evolução civilizatória e insculpida na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no HC n. 777.178/PI**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. j. 07/02/2023. DJE 14/02/2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/k5kvL>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp n. 979.486/MG**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 13/03/2018. DJe. 21/03/2018. Disponível em: <https://encurtador.com.br/QAqWJ>. Acesso em: 5 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n. 5.316/DF MC**. Rel. Min. Luiz Fux. j. 21/05/2015. DJe. 06/08/2015. Disponível em: <https://encurtador.com.br/TEOi3>. Acesso em: 9 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://encurtador.com.br/5hM3p>. Acesso em: 9 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.690**, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://encurtador.com.br/mgXsl>. Acesso em: 9 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/G3SJ3>. Acesso em: 9 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://encurtador.com.br/kenJK>. Acesso em: 5 nov. 2024.

BOSCHI, J. A. P. O sistema acusatório na Lei 13.964/2019. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 516-534, 2020. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bE0Z6>. Acesso em: 8 nov. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Atlas, 2022.

CAPORAL, H. C.; SILVA, G. A. C. da. O juiz das garantias como elemento renovador do sistema acusatório brasileiro. **Revista de Direito**, v. 13, n. 3, p. 1-26, 2021. DOI: 10.32361/2021130312815. Disponível em: <https://encurtador.com.br/9GT8f>. Acesso em: 8 nov. 2024.

CARMO, P. C. O. do; SANTIAGO, N. E. (2022). In dubio pro societate e a inversão do ônus da prova no processo penal: um olhar a partir do garantismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 2. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.62752>. Disponível em: <https://encurtador.com.br/q3lxB>. Acesso em: 8 nov. 2024.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-28092022-122509/en.php>. Acesso em: 9 nov. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Duque vs. Colômbia**. Sentença de 26/02/2016. Disponível em: <https://encurtador.com.br/P230e>. Acesso em: 9 nov. 2024.

DE PAULO, Alexandre Ribas; SILVA, Valine Castaldelli; MAZIERO, Gabriel Orsini. A iniciativa do magistrado na produção de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v. 6. n. 2, p. 995-1024, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://encurtador.com.br/OSDTQ>. Acesso em: 8 nov. 2024.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Letramento; Casa do Direito, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. atualização da edição João Bosco Medeiros 9. ed. [2. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 40. ed., rev., atual. e ampl. Barueri, SP: Atlas, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

ROSA, Alexandre Moraes da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A teoria da perda de uma chance probatória no processo penal**. Florianópolis, SC: Emais, 2024.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Recebido em: 9 de Junho de 2025

Avaliado em: 16 de Julho de 2025

Aceito em: 30 de Julho de 2025



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Vice-líder do Grupo de pesquisa Execução Penal e Segurança Pública e Membro do Grupo de Pesquisa Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional - Diretório de Pesquisa do CNPq. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. E-mail: ronaldo_marinho@outlook.com.br.

2 Advogado. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes-UNIT. E-mail: arthurirwin.adv@gmail.com

Copyright (c) 2025 Revista Interfaces
Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma
licença Creative Commons Attribution-
NonCommercial 4.0 International License.

