



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL E SUA
ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL FACE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

André Phelipe Nogueira Sampaio

Rio de Janeiro
2019

ANDRÉ PHELPE NOGUEIRA SAMPAIO

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL E SUA
ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL FACE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

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

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL FACE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

André Phelipe Nogueira Sampaio

Graduado pela Universidade Salgado de Oliveira.

Resumo – A Constituição Federal de 1988, de maneira implícita, como se pode observar no artigo 129, I, que determina a função acusatória do Ministério Público, adotou sistema acusatório como modelo de sistema processual penal. Sua preferência acarreta inúmeras consequências para a atuação não só do magistrado, mas também de promotores e defensores. O contexto social hodierno, influenciado em grande parte pela mídia e pelo senso de injustiça que atinge grande parte da população, provoca o judiciário a uma forma de agir que pode vir a extrapolar os limites impostos pelo conjunto de elementos que formam a estrutura escolhida pela Magna Carta. O princípio da verdade real, que decorre da busca pela realidade dos fatos, pode acabar fazendo com que se retroceda ao, já abolido, sistema inquisitorial. O presente trabalho almeja analisar, de maneira crítica, a compatibilidade entre a participação do magistrado na produção de provas e o sistema acusatório, sopesando os valores constitucionais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Função Acusatória. Princípio da Verdade Real. Sistema Inquisitorial.

Sumário – Introdução. 1. A evolução sistêmica do Processo Penal. 2. A imparcialidade do Juízo e o Sistema Acusatório. 3. Da busca pela verdade processual face aos preceitos constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a temática do ativismo judicial probatório existente na seara processual penal. Há um aparente conflito, pois o legislador constituinte adotou o sistema acusatório, que impõe uma determinada postura ao julgador, e grande parte dos magistrados acaba deixando de lado essa imposição, para que, teoricamente, a justiça se estabeleça, sob o prisma da busca pela verdade real.

Nos dias de hoje, o Judiciário é chamado a uma forma de agir que pode vir a extrapolar os limites impostos pelo conjunto de elementos que formam a estrutura escolhida pela Magna Carta. O princípio da verdade real, que decorre da busca pela realidade dos fatos, pode acabar fazendo com que se retroceda ao, já abolido, sistema inquisitorial.

A Constituição Federal, implicitamente, determina a função acusatória do Ministério Público, sendo uma clara manifestação da adoção pelo sistema acusatório como modelo de sistema processual penal.

Sua preferência por esse sistema acarreta inúmeras consequências para a atuação do magistrado, como a vedação a atuação probatória ativa no processo penal, tendo em vista que ele não é mais gestor das provas, devendo essas serem produzidas pelas partes.

Há uma emblemática discussão sobre a possibilidade de atuação positiva do magistrado no sistema acusatório. O debate fica por conta da maculação da imparcialidade do julgador ao sair da inércia. Acredita-se que se um magistrado atua *ex officio* estará se movendo contra o réu, pois o mesmo goza de presunção de inocência, e o magistrado não inerte está à procura de provas para condenação do acusado.

Entretanto, é necessário analisar até que ponto uma atuação probatória ativa do órgão julgador, em uma visão publicista do processo penal, é incompatível com o sistema acusatório. Assim, busca-se afastar a presunção, equivocada, de que uma atuação fora da inércia é sempre inconcebível com a estrutura acusatória, ao menos em sua versão atenuada, não pura.

Antes de adentrar no campo das provas, é preciso traçar as premissas básicas sobre os sistemas processuais penais, o princípio da verdade real e, principalmente, no que se refere a parcialidade do juízo.

Nesse passo, é crucial o estudo sobre o que é ser imparcial, para que se possa avançar ao cerne desse trabalho, que é a possibilidade de produção de provas *ex officio*, pautada no papel do judiciário, sem que se corrompa o sistema acusatório.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os sistemas processuais penais existentes, sendo traçado o aspecto histórico de cada um, destacando os seus pontos positivos e negativos e as consequências inerentes a cada um dos sistemas.

O segundo capítulo trata sobre o princípio da verdade real e a sua compatibilização com o sistema acusatório, tendo em vista a busca da verdadeira realidade dos fatos e a estrutura do *adversarial system*.

O terceiro capítulo aborda questão da imparcialidade, confrontando o princípio da busca pela verdade real e os ditames constitucionais estabelecidos para limitar a atuação do judiciário, no que tange a produção de provas.

Com relação as técnicas metodológicas, o método hipotético-dedutivo é acolhido para a produção do trabalho, pois o pesquisador elenca especulações que, com base em estudos, análises estatísticas e casos concretos, são comprovadas ou, ao menos, contestadas.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

1. A EVOLUÇÃO SISTÊMICA DO PROCESSO PENAL

Contemporaneamente, o Brasil adota o sistema acusatório como regente das relações processuais penais, tendo em vista a sua melhor adequação para a condução do processo penal.

Com destino a melhor compreensão sobre o tema, é fundamental que se entenda uma das acepções da palavra sistema. Um de seus inúmeros conceitos, mas, talvez, o mais elucidativo, é que sistema é um “conjunto ordenado de elementos que se encontram interligados e interagem entre si”¹. Para Kant², “sistema é o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única.” Juridicamente, pode-se definir um sistema como o regramento jurídico que possui normas que se relacionam, formando uma estrutura organizada e lógica.

Desse modo, percebe-se que um sistema, nada mais é do que um conjunto de elementos que se relacionam de modo a formar uma estrutura, tendo como vetor um elemento base, que servirá de apoio para todos os outros, que devem existir e funcionar de acordo com o elemento substancial. Assim, denomina-se substancial por dar conteúdo e significado a todos os outros elementos, que devem ser interpretados a partir do núcleo sistêmico, regente de toda a estrutura funcional.

Nessa esteira, leciona Paulo Rangel³ que “sistema processual penal 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”.

Em se tratando de Direito Processual Penal, existiram sistemas que apresentavam elementos bem distintos, sendo responsáveis por uma aplicação do direito penal de uma forma completamente diferente da que se aplica hoje na maioria dos países no século XXI.

Cronologicamente se apresentam na seguinte ordem: Sistema Acusatório Privado; Sistema Inquisitivo; Sistema Acusatório Formal (misto); Sistema Acusatório. Esses dois últimos sistemas apresentados — misto e acusatório — são apontados pela doutrina como contemporâneos.

Conforme os estudos de Ferrajoli⁴, o sistema acusatório tem sua origem na antiguidade. Na Grécia antiga, o processo penal era feito por todos aqueles que eram considerados cidadãos, tendo uma participação direta na aplicação do direito. Havia uma

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2014, p. 845.

² KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2002, p. 48.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 86.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 520.

diferenciação clara sobre os papéis de acusador, sendo esse pertinente a livre iniciativa dos próprios cidadãos, que também deveriam compor os polos do julgamento e da defesa do réu.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁵:

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Esse sistema era caracterizado pela participação ativa dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, sendo um grande debate, realizado oralmente e de maneira pública. Até mesmo as provas eram exercidas de modo exclusivo pelos cidadãos encarregados da acusação.

Nota-se que, assim como nos tempos de hoje, para que houvesse, por parte do Estado, uma cominação de sanção aquele que era tido como réu, deveria haver o pressuposto da acusação. Até mesmo na Antiguidade era necessário um processo, mesmo que pautado em uma atuação irrestrita, isto é, livre das partes, iniciado por uma pessoa, que ficava encarregada de provar suas alegações, podendo resultar na condenação do acusado, o que qualificava atuação Estatal.

Porém, o sistema em análise não conseguiu se manter, tendo sido substituído pelo sistema inquisitivo, muito por conta de liberdade acusatória, inerente a república livre, e em razão do decaimento do sentimento cívico.

Com a queda do sistema acusatório privado, o sistema inquisitivo ganha força a partir do século XII, sendo adotado pela ampla maioria dos países, em uma clara tentativa de melhorar o combate aos crimes praticados nessa época. Assim ocorreu, pois o sistema anterior não estava sendo suficiente nesse enfrentamento, por conta de uma fraca atividade acusatória, prestada por particulares. A ineficiência probatória, somada as discricionariedades existentes no âmbito do início do processo penal, culminaram em seu sepultamento.

É importante destacar que a mudança entre os sistemas foi paulatina, isto é, os juízes, ao observarem a ineficiência das partes na promoção das provas, e até mesmo no prosseguimento da marcha processual penal, saem de sua inércia, maior característica do sistema acusatório privado, e passam a atuar positivamente, inclusive na gestão de provas. Assim, surge a figura do juiz-inquisidor.

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

Nesse sentido, aduz Aury Lopes Jr.⁶:

O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório.

Tornando-se protagonista do processo, o magistrado passa a ser possuidor de poderes quase que ilimitados. Eram aptos a determinar o início do processo penal, um exercício *ex officio*, e até mesmo a tortura de um suspeito, em busca de uma suposta “verdade”, pois ele, suspeito, era a principal fonte de prova, em um processo marcado por procedimentos secretos e escritos.

Não há como se falar em sistema inquisitivo e não tecer breves comentários sobre a sua utilização no processo penal canônico. A igreja católica teve grande influência na formação desse sistema, pois é cediço que a doutrinação política se misturava com a religiosa, em razão da força imperativa do comando clérigo.

Com propriedade, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁷ expõe a relevância da igreja na formação do processo penal inquisitivo:

Embora se tenha notícia da existência do sistema inquisitivo anterior ao século XIII, tal como no direito romano, por exemplo, cuidaremos aqui especialmente do sistema inquisitivo criado pela Igreja Católica, o qual nos é mais importante conhecer dado ter sido ele um dos maiores influenciadores dos ordenamentos processuais penais atuais.

Nesse seguimento, o professor Aury⁸ sustenta que “o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”.

Apesar da demora para que percebessem o erro que era colocar nas mãos do órgão julgador a atribuição de todos os poderes, inclusive os instrutórios, com a Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, inspirada pela ideologia iluminista, que evidenciou axiomas, até então obscuros, apesar de fácil percepção atualmente, o sistema inquisitorial foi abandonado.

⁶ LOPES JR. op. cit., p. 25.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

Atualmente, dois são os sistemas processuais penais que dominam os ordenamentos jurídicos de diversos países. São eles: O Sistema Acusatório Formal e o Sistema Acusatório, também chamados de sistemas contemporâneos.

Com o fim do sistema inquisitorial, devido ao domínio dos ideais iluministas consagrados pela revolução francesa e com a queda do poderio da igreja católica, passado para a figura do monarca, nasce o sistema acusatório formal, também denominado de sistema misto, por possuir características de seus antecessores. Tem-se registro de seu uso como modelo processual a partir do século XIX até os dias de hoje.

Há certo equívoco⁹ em chamar o sistema acusatório formal de sistema misto, pois, atualmente, não há nenhum modelo puro atribuído a um sistema processual penal vigente, sendo uma mera referência de tempos passados, o que torna todos os sistemas vigentes mistos, por possuírem uma ou algumas características dos seus sucedidos.

Historicamente, atribui-se ao Código Napoleônico de Processo Penal — *Code d'Instruction Criminelle* — criado em 1808, a adoção do sistema acusatório formal. Por conta de sua grande influência, conquistada pela valorização da geração de direitos de primeiro grau, o código passa a ser precursor em sua época, tornando-se paradigma das relações processuais penais e, com isso, conquistou vários adeptos. Países como a Alemanha, Espanha, Itália, Rússia, Grécia, o inseriram em seus ordenamentos jurídicos.

Do ultrapassado sistema monofásico, passa-se ao sistema bifásico, isto é, cria-se uma fase pré-processual, como forma de separar o momento da investigação, sendo esta uma fase específica para colheita de provas que fundamentem a denúncia, do momento do julgamento, onde as provas obtidas por meio da fase investigativa serão valoradas, e, em tese, ter-se-ia um julgamento mais justo.

Importante destacar que o sistema acusatório pode ter duas feições distintas. São elas: *Adversarial System* e o *Inquisitorial System*. Tratam-se de roupagens que, considerando as características de cada ordenamento e seu desenvolvimento processual, serão adequadas para melhor aplicação do direito, sabendo que o processo penal é o instrumento adequado para a concretização de garantias fundamentais.

O *Adversarial System* consiste na premissa de que a gestão probatória é de competência exclusiva das partes, devendo o magistrado permanecer inerte a todo momento, mesmo que presencie falhas gritantes na produção de provas. É a modalidade que mais se aproxima do sistema acusatório privado, puro.

⁹ LOPES JR. op. cit., p. 28.

Em contrapartida, o *Inquisitorial System* atenua a inércia do órgão julgador, facultando-lhe a possibilidade de determinar, ex officio, a produção de algumas provas, desde que se respeite o seu aspecto subsidiário, pois o titular da gestão probatória é o órgão acusador, como bem preceitua o sistema acusatório. E, apesar do nome remeter ao sistema inquisitorial, estes não se confundem, tendo em vista que o órgão acusador é o responsável pela produção probatória e o órgão julgador tem sua atuação restrita as hipóteses previstas pelo legislador.

De acordo com o que foi visto até o momento, infere-se que o sistema acusatório é o que mais se aproxima dos caros valores humanísticos, pois conserva em sua composição regras que privilegiam o ser humano, garantindo direitos fundamentais.

É importante destacar que não existe nenhum dispositivo legal na Constituição que expresse sua aderência ao sistema acusatório¹⁰. Grande parte da doutrina¹¹ entende que, considerando as características marcantes do sistema contemporâneo, o sistema regente é o acusatório com as vestes do Adversarial System.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUÍZO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Como visto até o presente momento, o sistema acusatório nada mais é do que um sistema composto por elementos que se comunicam de maneira harmônica. Didaticamente, pode-se imaginar um quebra-cabeça com peças que se encaixam, formando um todo ao final da montagem.

Uma de suas mais valiosas peças, isto é, um dos seus elementos mais centrais é o da imparcialidade, que deve habitar todo o órgão decisório, considerando que uma decisão desvinculada desse pressuposto processual é nula de pleno direito. O veredito corrompido pode ser revisto a todo tempo: desde a sua prolação, por meio dos recursos processuais pertinentes, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, por meio do instituto da revisão criminal.

Nota-se que por conta de sua essencialidade, a falta da imparcialidade é inconcebível em um julgamento decretado pelo Estado Democrático de Direito, que deve se embasar nos valores conquistados principalmente pela revolução francesa¹².

¹⁰ Grande parte da doutrina extrai do artigo 129, I da Constituição Federal a adoção ao sistema acusatório. Em sintonia a esse entendimento, o artigo 4º do Projeto de Lei nº 156, que dispões sobre a reforma do Código de Processo Penal, dispõe que "o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória de órgão de acusação".

¹¹ LOPES JR. op. cit., p. 68.

¹² Esse ciclo revolucionário ocorrido na França que demarcou o fim do absolutismo, teve seus valores difundidos por todo o mundo. Os vetores axiológicos buscados pela revolução (liberdade, igualdade e fraternidade) ecoam até hoje em todos os Estados que buscam proporcionar o bem-estar social a sua população, afastando-se das discricionariedades de governos autoritários.

Em se tratando de um pressuposto subjetivo de uma relação processual válida, a ausência de um juiz imparcial macula a justeza do processo constitucional, pois a parcialidade avilta o instrumento, sendo tratada como um erro insanável e sua inobservância gera nulidade absoluta, por ausência de um pressuposto processual.

Pode-se dizer que imparcial é o juiz que não tem qualquer interesse na relação formada pelas partes do processo, devendo ter como guia apenas a devida prestação jurisdicional, respaldada em ditames constitucionais¹³, como a paridade de armas, ampla defesa, contraditório. Significa dizer que o juiz imparcial é aquele que estabelece as regras do jogo e se deixa influenciar por ambas as partes para, no fim da instrução, chegar a um resultado equânime, punindo, na devida proporção, aqueles que desobedecem aos preceitos penais e absolvendo os merecedores.

Por óbvio, não se renega a carga emocional existente em um processo, os valores e reflexos das decisões, porém, o magistrado é o longa manus do Estado¹⁴, e suas decisões devem trazer pacificação social. Logo, a sua atuação em um Estado Democrático de Direito deve observar esse importantíssimo pressuposto, tendo em vista que a relação jurídica formada lhe é indiferente.

Não se quer dizer que a questão levada ao judiciário é irrelevante, muito pelo contrário. Todas as demandas são cruciais, por envolver valores por trás delas. No entanto, o juiz deve decidir de acordo com o ordenamento jurídico, que serve de substrato para suas decisões, independentemente dos seus sentimentos pessoais.

Existem algumas situações em que o legislador compreendeu por bem descrevê-las expressamente na lei como incompatíveis com uma atuação isenta, acima de qualquer

¹³ Existem diversos dispositivos na Constituição que privilegiam a imparcialidade do juízo como: art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Há também na Magna Carta dispositivos que assegurem uma atuação isenta e independente e comandos que determinem uma atuação proba, vedando determinadas condutas. São eles: Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I e parágrafo único. Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação o em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária. IV- receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V- exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96.

suspeita¹⁵. Importante ressaltar que não basta que um magistrado seja isento, ele deve parecer ser isento, o que remete a um famoso brocardo jurídico: “a mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta”.

O devido processo legal é incompatível com a mácula da parcialidade, porém não é errado dizer que nenhum magistrado é neutro. Neutralidade e imparcialidade possuem conceitos diferentes, o que importa em longas discussões doutrinárias. De acordo com Benedito Cerezzo Pereira Filho¹⁶:

Aquela imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz.

Questões como a moral, ética e outros valores seriam negligenciadas nas decisões, por não terem influência naquele que decide. Não é preciso ir longe para lembrar o que o estrito cumprimento das leis pode levar o ser humano a fazer, tendo como exemplo o holocausto, pautado em um direito positivado, mas longe de ser o ideal, por estar afastado da moral, e vinculado exclusivamente ao positivismo¹⁷.

Em assim sendo, não é desejável que o magistrado se mostre indiferente a uma questão que lhe é levada para decidir. O desinteresse na vitória de uma das partes não significa que o juiz deva perder a sensibilidade quanto a matéria em discussão.

A imparcialidade, prevista no artigo 8.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica¹⁸, traduz-se em um juiz equidistante que, mesmo considerando seu traço humano, busca compatibilizar suas decisões com os mandamentos constitucionais, assegurando direitos e garantias fundamentais e, principalmente, deixando-se influenciar por ambos os atores processuais. Em outras palavras, é a não vinculação do magistrado com os sujeitos processuais e a matéria que lhe é entregue para decidir. Portanto, a afirmação de que magistrado imparcial é aquele que

¹⁵ As hipóteses de suspeição, ligadas a dogmática subjetiva dos magistrados, estão previstas nos artigos 96 até o 107 do código de processo penal. Por outro lado, as hipóteses de impedimento, fundadas em elementos objetivos, indo além da vontade do próprio juiz, estão dispostas nos artigos 252 até o 256 do mesmo diploma legal.

¹⁶ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O poder do juiz: ontem e hoje*. Artigo publicado nos anais do XIV encontro nacional do Conpedi, 2005, p. 200.

¹⁷ Por muito tempo permeou a ideia de que o Direito era um fim em si mesmo, devendo-se afastar da moral e outras disciplinas. Após os acontecimentos da segunda guerra mundial, onde boa parte das atrocidades cometidas estavam positivadas, isto é, previstas, precisou-se repensar o direito. Nesse passo, o positivismo cede pela necessidade de reaproximação do direito com a moral e a ligação entre diversos outros campos de estudo, como a filosofia, sociologia.

¹⁸ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. It. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>> Acesso em: 15 de jan. de 2019.

possui o signo da neutralidade é equivocada, por misturar conceitos que, apesar de se tocarem em alguns aspectos, não se confundem.

É impossível existir um magistrado que não esteja sob a influência de alguma ideologia. Em tempos em que até o óbvio precisa ser reafirmado, deve-se lembrar que até mesmo aqueles que dizem não comungar de ideologias, as comungam. Afinal, não ter uma ideologia já é uma ideologia, aqui empregada no sentido de um conjunto de valores que reflitam uma orientação de mundo.

Em assim sendo, não há como um ser humano em ação racional se desvencilhar de suas influências ideológicas. O que se veda são decisões baseadas estritamente em visões pessoais, alheias a norma cogente, privilegiando uma das partes. Tem-se como exemplo o agente incumbido da jurisdição que, no exercício de sua função, julga os jurisdicionados de acordo com suas escolhas políticas.

A doutrina de Luigi Ferrajoli¹⁹ preconiza que o magistrado deve ser um mero expectador desinteressado do processo. Atualmente, encarado como símbolo de uma nova ordem social resultante do constitucionalismo²⁰, o magistrado tem o dever de atuar sem pender para um dos lados do processo, devendo oportunizar as partes o direito de se manifestar e de influenciar seu julgamento, o que não quer dizer que deva se fechar a toda influência ideológica.

Conforme o entendimento de Frederico Valdez Pereira²¹:

A noção comum da imparcialidade aparece mais restrita à relação com as partes ou os interesses trazidos no litígio, ou seja, orienta a necessária desvinculação do juiz com a matéria e os sujeitos envolvidos no processo. O julgador não pode ter nenhum interesse, geral ou particular no resultado do processo, devendo ostentar a condição institucional de terceiro em relação aos sujeitos da causa, e de estranho com respeito aos interesses em discussão.

Portanto, a afirmação de que magistrado imparcial é aquele que possui o signo da neutralidade é equivocada, por misturar conceitos que, apesar de se tocarem em alguns aspectos, não se confundem.

É impossível existir um magistrado que não esteja sob a influência de alguma ideologia. Em tempos em que até o óbvio precisa ser reafirmado, deve-se lembrar que até mesmo aqueles que dizem não comungar de ideologias, as comungam. Afinal, não ter uma

¹⁹ FERRAJOLI. op. cit. p. 581.

²⁰ GARCEZ, Duarte Oliveira; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em 2 fev. 2019.

²¹ VALDEZ, Frederico Pereira. *Iniciativa probatória de ofício e o Direito ao Juiz imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75.

ideologia já é uma ideologia, aqui empregada no sentido de um conjunto de valores que reflitam uma orientação de mundo.

Em assim sendo, não há como um ser humano em ação racional se desvencilhar de suas influências ideológicas. O que se veda são decisões baseadas estritamente em visões pessoais, alheias a norma cogente, privilegiando uma das partes. Tem-se como exemplo o agente incumbido da jurisdição que, no exercício de sua função, julga os jurisdicionados de acordo com suas escolhas políticas.

A doutrina de Luigi Ferrajoli²² preconiza que o magistrado deve ser um mero expectador desinteressado do processo. Atualmente, encarado como símbolo de uma nova ordem social resultante do constitucionalismo²³, o magistrado tem o dever de atuar sem pender para um dos lados do processo, devendo oportunizar as partes o direito de se manifestar e de influenciar seu julgamento, o que não quer dizer que deva se fechar a toda influência ideológica.

3. DA BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL FACE AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O grande ponto discutido na doutrina é a mácula da imparcialidade do magistrado, e, conseqüentemente, a inviabilidade do prosseguimento da ação penal, devendo-se rever todos os atos praticados, além, claro, do afastamento daquele incumbido inicialmente de prestar a jurisdição. Pela amplitude do tema, será tratado apenas sobre a iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal.

No capítulo sobre os sistemas processuais, esclareceu-se que no ordenamento jurídico processual penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório, conforme se evidencia da inteligência extraída do artigo 129, I da CRFB/88, que estabelece o princípio acusatório.

Responsável por direcionar a persecução penal ao Ministério Público, cabendo o direito de resistência à defesa e, por fim, ao magistrado prolatar uma decisão sufragada em princípios integrantes daquele sistema, inclusive o da imparcialidade, a lacuna existente é quanto à vertente adotada pelo sistema acusatório pátrio.

Por um lado, Geraldo Prado²⁴ insiste que o modelo processual adversarial – *adversarial system* – é o mais adequado, por trazer uma estrutura que privilegia os direitos

²² FERRAJOLI. op. cit. p. 581

²³ GARCEZ, Duarte Oliveira; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em: 2 fev. 2019.

²⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 250.

fundamentais. Em outras palavras, entende que esse modelo é o mais condizente com decisões pautadas no devido processo legal, ampla defesa, *in dubio pro reo*, entre outros mandamentos nucleares que pertencem ao sistema acusatório.

Segue argumentado que²⁵:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do juiz de iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Em contraponto, Barbosa Moreira discorda desse entendimento. A seu sentir, a inércia do magistrado é tão negativa quanto a atuação positiva, considerando que até mesmo um magistrado que não produz provas pode ser parcial, tendo em vista que irá beneficiar uma das partes.

Deve-se assegurar ao máximo as garantias do acusado para que as decisões não ganhem contornos alheios aos jurídicos. É dever do magistrado prezar pelo amplo debate, dando as mesmas oportunidades às partes e se dispondo a ouvi-las de modo a influenciarem em seu julgamento final. Sobre o tema, elucida Plauto Faraco de Azevedo²⁶:

Para que a imparcialidade, que consiste no abrir-se o juiz cuidadosa e honestamente às versões em confronto no processo, se possa configurar, é indispensável que possam as partes exprimi-las de modo tão cabal quanto possível, o que não se pode dar exaurindo-se seu exame de igualdade formal dos interesses em confronto

Nessa linha, não se pode esperar que o órgão decisório seja um mero expectador²⁷, assim como no sistema acusatório privado, no qual, consoante entendimento de Ferrajoli, o magistrado seria assemelhado a figura de um árbitro. Sobre o tema, Bedaque²⁸ esclarece:

²⁵ Ibidem, p. 129.

²⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 150.

²⁷ Cândido Dinamarco, que, em várias passagens de sua obra clássica, a instrumentalidade do processo, condena a figura do juiz espectador, alertando, porém, para o perigo da quebra da imparcialidade. Liebmann ao contrário, defende o total afastamento do juiz da atividade instrutória.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 114-116.

Alguns, embora defendam a iniciativa probatória oficial, acenam para o perigo da parcialidade, se levada a extremos. Não assiste razão, todavia, à doutrina tradicional. Em primeiro lugar, porque aceita a demanda verse direitos indisponíveis. É o caso de se perguntar se, nessas hipóteses, seria admissível a figura do juiz parcial. Ademais, quando o Juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

O referido autor ainda sustentou interessante questionamento: não seria parcial o magistrado que, podendo esclarecer determinada dúvida sobre um fato obscuro, não o faz, mantendo-se inerte? Pensa-se que sim, pois a imparcialidade não pode resultar em uma decisão em desconformidade com o direito posto por ingerência do Estado. O deslinde completo dos fatos é essencial para a plenitude da prestação jurisdicional.

E mais. Como dito anteriormente, o magistrado não tem interesse na relação processual formada, a ponto de não pender para qualquer um dos lados. Se assim o é, a atividade jurisdicional só será plenamente realizada caso a norma de direito material, protegida pelo ordenamento pátrio, seja efetivamente resguardada, por meio de uma decisão que a privilegie, e isso só será possível com o devido conhecimento dos fatos.

Revela-se importante destacar que o juiz é o destinatário das provas no processo e a sua produção está ligada a necessidade de convencimento do juízo. Aquelas, provas, devem ser pautadas em consonância com o princípio da relativização. Logo, não há um escalonamento probatório como existia no sistema inquisitorial medieval, que considerava a confissão como a rainha das provas.

Abandonou-se a hierarquização das provas para o vigor de sua ponderação, baseada em axiomas constitucionais a serem balanceadas pelo magistrado de acordo com o caso concreto. Destaca-se que, apesar de certa discricionariedade na escolha das provas mais valiosas, o juiz deve expor a razões de dar mais valor a certa prova em detrimento de outra, em continência aos artigos 93, IX da CRFB/88 e 157 do CPP.²⁹

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como imbróglgio central, a questão da imparcialidade do magistrado face uma atuação positiva no decorrer do processo penal, afastando-se da inércia absoluta.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millennium, p. 358.

Entende-se que o modelo pátrio adotado é o do *inquisitorial system*, que não deve ser jamais confundido com o sistema inquisitorial, como já devidamente abordado. Nesse passo, do magistrado espera-se uma atuação presente, por ocupar um papel complementar, mas de natureza integradora na produção das provas. Essa complementariedade não fere sua imparcialidade, sabendo que o juiz não possui clarividência, como alguns preceituam.

A produção de uma prova pode servir tanto para auxiliar a defesa quanto para embasar a acusação. O princípio do *in dubio pro reo* deve se manifestar quando o magistrado, atuando para elucidar os fatos, remanesce com dúvida e, não conseguindo saná-la, deverá decidir em favor do acusado. Porém, não pode esse princípio ser um obstáculo ao esclarecimento da verdade processual, o que inviabilizaria a devida prestação jurisdicional.

O certo é que, nesse modelo aderido, a responsabilidade pela elucidação dos fatos não é exclusiva das partes, sendo repartida também com o juiz que tem a incumbência de determinar a produção das provas e valorá-las. Assim, uma vez iniciada a persecução criminal pelo órgão responsável, por meio da denúncia, fica o juiz vinculado ao devido deslinde dos fatos para, assim, prolatar uma decisão correta.

O Estado, por ser o detentor exclusivo da persecução criminal, abre espaço para que as eventuais vítimas de crimes busquem respaldo no manto protetor do judiciário e que confiem em um julgamento justo, pautado na defesa de garantias constitucionais e também na melhor prestação da jurisdição. Isso não significa dizer que o magistrado deverá atuar como um investigador, mas deve atuar na busca pela realidade dos fatos, desde que sem esbarrar nos invioláveis direitos do acusado.

Ademais, o princípio do *in dubio pro reo* não pode inviabilizar a persecução criminal lastreada nos ditames constitucionais. Tornar o referido princípio um muro intransponível para o descobrimento da realidade dos fatos é ferir o princípio da isonomia. Conforme o entendimento do professor Robert Alexy, quando dois princípios estão em conflito, aplica-se a técnica da ponderação. Em assim sendo, a melhor forma de interpretar o princípio do *in dubio pro reo* na hipótese de fundada dúvida insanável por meios probatórios é decidir em favor do réu.

Desta forma, conclui-se que a não elucidação de fatos que poderiam ser revelados configura-se uma medida desproporcional e parcial, pois o magistrado tem o dever de não pender para nenhum dos lados no processo e de prestar a melhor jurisdição. Apenas aguardar as provas produzidas pelas partes não condiz com a mens legis da Constituição e do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em: 15 de jan. de 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Positivo, 2014.
- GARCEZ, Duarte Oliveira. BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em 2 fev. 2019.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millennium.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O poder do juiz: ontem e hoje*. Artigo publicado nos anais do XIV encontro nacional do Conpedi, 2005.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REYS, Anamaria Resende. *Poderes Instrutórios do Juiz e persecução Penal* – Lei nº 11.690/2008. I Jornada de Estudos Direito Processual Penal. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, 2009.

VALDEZ, Frederico Pereira. *Iniciativa probatória de ofício e o Direito ao Juiz imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.