

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes¹

Mauro da Cunha Savino Filó²

Anderson Joubert Alves Gomes³

Resumo: O presente artigo teve por objetivo analisar os poderes instrutórios do juiz tomando como marco teórico essencial a teoria do garantismo penal. Para tanto, foram revisados os três modelos processuais penais sistêmicos existentes, a saber: acusatório, inquisitório e misto. Partindo do modelo brasileiro (acusatório), analisou-se os princípios basilares do processo penal, enfatizando aqueles relacionados à busca pela verdade real e os poderes instrutórios do juiz. Tomando como base essa orientação principiológica foi verificada a atuação instrutória do juiz e a eficácia probatória do processo penal brasileiro. Identificou-se que o campo probatório sofreu uma mudança paradigmática muito intensa sendo que o juiz, em tema de prova, passou a ter um papel mais ativo frente aos obstáculos pela busca da verdade. A partir de detalhada análise da doutrina pode-se concluir que a imparcialidade do juiz no processo penal é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes.

Palavras Chave: Sistema Acusatório; Garantismo; Direito Penal; Juiz.

INTRODUÇÃO

¹ Professora Titular da Faculdade Santa Rita- FASAR, mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais, graduada em Ciências Sociais pela UFMG e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

² Professor Titular da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Especialista em Processo pela PUC-MG, Bacharel em Direito pela PUC-MG, Advogado. E-mail: savinofilo@hotmail.com – currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6526013606895043>

³ Graduando em História pela Universidade Paulista – UNIP.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Os modelos sistêmicos processuais penais apresentam-se de diversas formas e trazem consigo (através do núcleo fundante e outras características) aspectos marcantes. Partindo do modelo brasileiro (acusatório) serão revisados os princípios basilares do processo penal, enfatizando aqueles relacionados a atuação do magistrado no processo penal.

Partindo dessa orientação principiológica, será analisado o papel do magistrado enquanto julgador imparcial. Nota-se que o campo probatório vem sofrendo intensas mudanças paradigmáticas sendo que o juiz, em tema de prova, passou a ter um papel mais ativo frente aos obstáculos pela busca da “verdade”.

Analisar acerca da iniciativa instrutória dos juízes e seu papel frente ao moderno processo penal faz-se necessário, para que ao final seja melhor compreendida como deve ser sua atuação.

Para tanto, será realizada uma pesquisa de natureza investigatória, através de revisão bibliográfica, visando vislumbrar a literatura sobre os sistemas processuais penais existentes, os princípios constitucionais da Imparcialidade do Juiz e da Busca pela verdade real, e a atuação instrutória do juiz e eficácia probatória levando em consideração o contexto constitucional frente a previsão legal de tais instrumentos.

OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O Conceito de Sistema

De acordo com Andrade (2008, p.29), o conceito de sistema estaligado a algo amplo e complexo em que só um princípio, regra, elemento ou parte não são suficientes para configurá-lo como tal. De modo geral, sistema pode ser considerado um complexo de elementos inter-relacionados que interagem no desempenho de uma função.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Para LUHMANN (1993, p.90) o sistema jurídico engloba todas as comunicações sociais referentes ao Direito e opera com um código específico (lícito/não lícito). Esse código e a auto-reprodução do mesmo asseguram a autonomia desse campo em relação aos demais sistemas sociais. Partindo deste conceito, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, sem ser influenciado diretamente por eles.

É a partir desta constatação, que LUHMANN (1993, p.91) entende que que as sociedades complexas conseguem positivar o ordenamento jurídico em sua totalidade (de forma holística), sendo a legalidade, dentro deste sistema, a única referencia de legitimidade.

O autor analisa ainda, em sua obra, a influência de alguns valores e subsistemas no sistema jurídico. Para o autor a política é um valor que exerce influencia primordial na distinção do que é direito ou não direito, lícito não lícito, assim afirma:

Política e direito têm sido conciliados sob a fórmula do “Estado de Direito”. Isto tem permitido ao direito externizar seu próprio paradoxo e o esquecer no caminho da política. Tem-se partido do princípio que uma criação do direito politicamente motivada é “justificada” dentro do quadro da Constituição, de forma tal que a questão reside em saber se o direito é mais estabelecido pela introdução da distinção direito e não-direito (RechtundUnrecht) [feita] por si próprio no interior do sistema jurídico. O terceiro excluído, o parasita, absorve este problema. (LUHMANN,1993, p.94)

Como destaca Akel (2007, p.13), a Constituição é a forma pela qual o sistema jurídico reage à própria autonomia, substituindo apoios externos. O Direito Constitucional atua como perímetro sistêmico-interno, determinando os limites pelos quais, o sistema jurídico pode apreender o ambiente sem perder sua autonomia estrutural.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Partindo da natureza sistêmica do Direito, será pormenorizado, no próximo tópico, o conceito de tipo ideal. Os modelos sistêmicos (acusatório, inquisitório e misto) são caracteristicamente típico-ideais. De tal modo, faz-se necessário esclarecer o que venha a ser um “tipo ideal”.

Os Tipos Ideais

Por tipo ideal compreende-se um modelo abstrato que, quando usado como padrão de comparação permite-nos observar aspectos do mundo real de forma mais clara e mais sistemática.

De acordo com Quintaneiro (2005, p.72), suas possibilidades e limites devem-se: 1) à unilateralidade, 2) à racionalidade e 3) ao caráter utópico. Ao elaborar o tipo ideal, parte-se da escolha, numa realidade infinita, de alguns elementos do objeto a ser interpretado que são considerados pelo investigador os mais relevantes para a explicação. Esse processo de seleção acentua – necessariamente – certos traços e deixa de lado outros, o que confere unilateralidade ao modelo puro.

Assim, os tipos ideais não possuem a pretensão de ser, um reflexo da realidade complexa, muito menos um modelo do que ela deveria ser. É elaborado com base na simplificação do real e tomando como base os traços considerados essenciais para a explicação dos fenômenos.

Os sistemas processuais penais, por exemplo, podem ser descritos como tipos ideais quando identificamos suas características essenciais.

É importante notar que tipos ideais são ideais apenas no sentido em que são puros e abstratos, não no sentido mais comum de serem desejáveis ou bons. O sistema inquisitivo não é menos ideal que o sistema acusatório, por exemplo, portanto, ambos são construtos abstratos, com os quais podemos comparar e constatar sistemas reais, com o objetivo de observar com mais clareza suas várias características.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Sistema Acusatório

Conforme Nucci (2007, p.98), o sistema acusatório nasce na Grécia e Roma antigas e tem como característica marcante o fato de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma prévia acusação. Assim, a acusação privada ou popular é considerada a essência desse sistema. Devido a tal característica atribuiu-se a ele a terminologia acusatório.

Atualmente, o sistema acusatório tem como características: a) a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial alheio a labor de investigação e passivo no que se refere a coleta de prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes; e) procedimento em regra oral; f) plena publicidade procedimental; g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) segurança jurídica e social da coisa julgada; i) existência do duplo grau de jurisdição que permite a impugnação de decisões.” (LOPES JR, 2010, p.164).

Neste sistema, cada sujeito processual tem uma função bem definida. A uma parte cabe a acusação (como regra, o Ministério Público), a outra caberá defender (advogado) e, a um terceiro, imparcial, caberá o julgamento, (o juiz).

De acordo com Cunha (2008, p.23): é este o sistema adotado em nosso país, conforme entendimento que predomina na doutrina, pressupondo um processo onde todas as garantias constitucionais sejam efetivamente observadas.

E importante destacar que a principal crítica que se faz ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve “resignar-se” com as consequências de uma atividade incompleta das partes. Muitas vezes tendo que decidir com base em material probatório defeituoso, falho ou viciado.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Ainda de acordo com Lopes Jr. (2010, p.165), o sistema acusatório é imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que ira sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso do acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autentica parte no processo penal.

E, em decorrência dos postulados do sistema a resposta para a “inatividade” do juiz encontra-se na atividade das partes. Frente à inércia do julgador se produz uma maior responsabilidade das partes, já que estas têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal.

Assim, faz-se necessário o Estado proporcionar uma estrutura capaz de manter o processo em andamento de forma célere e paritária.

Sistema Inquisitório/Inquisitivo

O segundo sistema, tratado nesta monografia, apresenta caracteres distintos e antagônicos em relação ao primeiro. O sistema inquisitivo surge como uma superação do modelo acusatório e concentra nas mãos do juiz as funções de acusar, de defender e de julgar.

De acordo com Cunha (2008, p.23) tem como principais características o sigilo do processo e a busca pela confissão do réu, tratada a época como a “rainha das provas”.

O sistema inquisitório mudou a fisionomia do processo de forma radical. 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 juiz-inquisidor e o acusado. O juiz abandona sua função de arbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o inicio também como

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (LOPES JR, 2010, p164).

Tal sistema não surgiu naturalmente pois, como afirmado por Filó (2015, p. 52)

O direito penal era usado, portanto, para aterrorizar os povos para que seus perseguidos fossem exemplo aos demais, para que não pensassem diferentemente destes, mantendo assim o status quo.

Essa nova estrutura/modelo tem como fundamenta a busca pela “verdade real ou absoluta”. Em nome desta verdade, o juiz se valia da prisão cautelar do acusado, para que este pudesse ser interrogado. Em casos necessários o juiz-inquisidor podia se valer de técnicas de tortura para obter a confissão. Uma vez obtida, a confissão, o inquisidor não precisava de mais nada. Ao acusado restava apenas uma defesa inútil, pois, frente ao sistema hierárquico de provas ele encerrava a mais alta delas contra si próprio.

Filó (2015, p. 52), afirma “que, com a confissão a figura da defesa era dispensada, tendo em vista que a confissão do investigado-processado era tida como absoluta, recebendo o título de “Rainha das Provas”.”

Outro traço marcante deste sistema era a inexistência da coisa julgada. De acordo com Lopes Jr. (2010, p.172) o bom inquisidor deveria ter muita cautela para não declarar na sentença de absolvição que o acusado era inocente, mas apenas esclarecer que nada foi legitimamente provado contra ele. Dessa forma mantinha-se o acusado ao alcance da inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo Tribunal, para punir ao acusado sem o entrave do trânsito em julgado. Na percepção de Marques (1997, p 105), o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresentava inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visavam a descoberta da verdade real, oferecia poucas ou nenhuma garantia.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Sistema Misto

Conforme ensina Lopes Jr. (2015, p. 45) a doutrina compreende o sistema misto como aquele situado entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Tal sistema caracteriza-se por: a) haver uma fase instrutória presidida por um juiz; e, b) uma segunda fase, contraditória, com todas as garantias do sistema acusatório.

A primeira fase do sistema misto tem nítido caráter inquisitório, pois, como afirmado anteriormente, é presidida pelo juiz. Este colhe provas, indícios e informações necessárias, para que com base nelas possa embasar sua acusação.

A segunda fase é processual propriamente dita. Aqui, a figura do acusador (Ministério Público) surge diversa da figura do julgador (juiz). Tal fase inicia-se com o recebimento da queixa ou denúncia.

Conforme ensina Lopes Jr. (2015, p. 45) o ordenamento jurídico-processual brasileiro enquadra-se no modelo acusatório e não no modelo misto, posto que, para identificar um sistema devemos levar em consideração seu núcleo fundante.

O núcleo fundante compreende o princípio informador, ou seja, o ponto determinante que ira definir ou informar qual a tipologia do sistema.

De acordo com Coutinho (2001, p.28), a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios norteadores: a) Princípio dispositivo – funda o sistema acusatório, a gestão das provas esta nas mãos das partes (juiz espectador); e b) Princípio Inquisitivo – a gestão das provas esta nas mãos do julgador (juiz ator/inquisidor); por isso ele funda um sistema inquisitório.

Assim, para o autor, os sistemas não podem ser mistos, uma vez que devem ser informados por um único princípio unificador. Logo, a essência do

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

sistema é sempre pura, e no caso do ordenamento jurídico-penal brasileiro, acusatório.

Os Princípios Constitucionais da Imparcialidade do Juiz e a Busca pela Verdade Real

Princípio da Verdade Real

Antes de adentrar a temática de verdade frente ao processo é imprescindível definir verdade como um fato histórico singular e indivisível que não comporta graduações.

De acordo com Tavora & Alencar (2010, p.48), o processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado deve pautar seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando a eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça. Os autores reconhecem que a verdade real em termos absolutos pode mostrar-se inatingível. Tudo porque a reconstrução processual (dentro do fórum, um sala de audiência) de tudo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.

A partir deste conceito, acredita-se que a verdade formal é aquela extraída das provas e das manifestações dos autos, sendo que o magistrado pouco ou nada interfere nessa produção.

De acordo com Soares (2007, p.02), a verdade formal é predominante no processo civil, instrumento hábil para a resolução de conflitos referentes a direitos disponíveis, ao menos em sua maioria. Nesse sentido, o aludido princípio seria acolhido como forma de por fim ao litígio, abreviando, assim, o reestabelecimento da paz social.

Essa verdade extraída das provas produzidas no processo, que, por sua vez, pode ser diversa da efetiva realidade pode ser chamada de verdade judicial ou formal.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Então, como asseverar a prestação jurisdicional, caso as partes não consigam de forma eficaz trazer ao processo provas para o julgamento do Magistrado?

Para Soares (2007, p.02), em âmbito Penal, a validade dos atos jurídicos está correlacionada a um tipo distinto de verdade: a verdade real. Para este ramo do Direito, onde o que impera é a indisponibilidade de interesses, não interessa o que aparenta ser verdade, razão pela qual a busca pela verdade deve ser a mais verossímil possível.

Ainda, de acordo com a autora, a reprodução da verdade no processo penal deve ser feita através da busca das melhores provas em matéria criminal, sendo que o Juiz não pode se contentar apenas com aquelas fornecidas pelas partes, salvo se forem efetivamente as melhores.

Pode-se dizer que as normas processuais que consentem ao julgador uma participação efetiva na instrução são exemplos da adoção do princípio da verdade real pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Como exemplo concreto desta efetiva instrução podemos citar o Código de Processo Penal brasileiro que traz a previsão legal da atividade instrutória do Juiz em seu artigo 156:

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.

Assim, há a possibilidade da produção antecipada de provas na fase do inquérito policial pelo Magistrado, introduzida no ordenamento jurídico pela 11.690/08, que alterou o Código de Processo Penal.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Já a produção antecipada de provas no curso da instrução processual já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o juiz tem o poder de ordenar, durante o curso da instrução, a produção antecipada das provas consideradas urgentes, quando o réu citado por edital não comparecer ou não constituir advogado que o represente no ato, casos em que o processo será suspenso, mesmo sem qualquer provocação do titular da ação penal.

O art. 156 do CPP que permite ao juiz a determinação de diligências complementares, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, quando imprescindíveis para sanar dúvidas sobre pontos relevantes, visa fazer com que o magistrado, segundo Soares (2007, p.02), tenha a visão mais próxima da verdade possível.

De acordo com Lopes Jr. (2010, p.165), esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu a atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se um gravíssimo erro.

Basta constatar que o Código de Processo Penal atribui poderes instrutórios ao juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa postura ativa por parte do juiz (muitas vezes invocando a “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito) proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de instrução”, etc.

Princípio da Imparcialidade do Juiz

O princípio da imparcialidade, mais do que uma norma, é um imperativo para o exercício da jurisdição. Se o Estado resolveu trazer para si o privilégio exclusivo da jurisdição, também deu causa as responsabilidades que esta decisão acarretaria.

Para Tourinho Filho (2011, p.59), a imparcialidade exige, antes de qualquer coisa, independência. Nenhum juiz pode ser efetivamente imparcial se não estiver livre de coações, de influências constrangedoras, enfim, de ameaças

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

que podem fazê-lo temer a perda do cargo. Daí as garantias constitucionais atribuída aos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Contudo, se houver motivos que possam afetar-lhe a imparcialidade, qualquer das partes pode arguir o impedimento ou suspeição (como previsto nos arts. 252, 254 e 112 do CPP).

Com relação à imparcialidade, o autor defende a tese de que o legislador deveria disciplinar a atividade instrutória do juiz, impedindo-o de produzir provas, de decretar medidas cautelares pessoais ou reais, conferindo-lhe seu papel de órgão resolutor de litígios, limitando-o a recolher as provas que lhe forem apresentadas, e, após valora-las proclamar a quem caberia o direito. Assim, a imparcialidade seria incontestável e adequada ao Estado Democrático de Direitos.

A possível existência de um desequilíbrio processual decorre do fato do Juiz não se colocar em posição de exterioridade aos atos processuais. No sistema acusatório o litígio deve se desenvolver de forma alheia ao magistrado e este não deve interferir neste nível.

No momento em que interfere, deixa de lado a sua inercia e, conseqüentemente a imparcialidade, pois algo “além” provocou seu juízo decisório. Cabe lembrar que existem regras, princípios e normas que tornam desnecessária essa produção probatória, como exemplo, o princípio do in dubio pro reo e o ônus da impugnação específica.

Sob outro ângulo, Xavier (2008, p.84) acredita que a iniciativa probatória do magistrado deve ser tomada como: “os ideais de justiça perseguidos não pela figura do juiz, mas pelo próprio ordenamento jurídico contemporâneo”.

Ainda de acordo com a autora, considerar seus poderes instrutórios como configuradores de parcialidade, seria o mesmo que negar autoridade a função jurisdicional, desacreditando no próprio Poder Judiciário.

Baseada nas ideias de BEDAQUE, afirma:

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa. (BEDAQUE, 1995, p78)

Portanto, para o autor supra citado, a produção de prova pelo juiz constitui apenas mais um dos muitos atos processuais previstos e necessários para o regular desenvolvimento do processo, sendo que a alegação de risco à imparcialidade não deve subsistir como limite à iniciativa probatória do juiz, já que macula o exercício e a legitimidade da própria jurisdição, e não a iniciativa probatória do juiz.

A Atuação Instrutória do Juiz e a Eficácia Probatória no Processo Penal Brasileiro

Compreendemos que o resultado da prova deve ser o fator decisivo para a conclusão última do processo momento em que o juiz irá verificar se as provas apresentadas são suficientes para a formação da culpa do réu.

Para Grinover

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos. (GRINOVER, 2005)

Para a autora a reafirmação dos poderes instrutórios do juiz aparece, nesse cenário, como instrumento garantidor da igualdade real entre as partes. O processo não é um jogo de poder, mas um instrumento de justiça, no qual se busca o verdadeiro titular do direito.

Ainda de acordo com a autora, quando o magistrado determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.

Nesta toada, justificam os que defendem a atuação do juiz na atividade instrutória, de que esta não é ilimitada, que existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

O contraditório, para estes, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória oficial.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

Por isso mesmo preferem o termo “iniciativa do juiz” ao de “atividade do juiz”, porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita da prova. A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas àquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes.

Conforme Marcato (2002), a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas - as produzidas pelas partes e as determinadas ex officio pelo juiz - ao contraditório.

Porém, tal entendimento não consegue se sustentar teoricamente e praticamente.

Primeiramente, ao contrário do que afirmado, a iniciativa probatória do juiz faz com que o contraditório fique comprometido, já que este se manifesta, como ensina Gonçalves (1992, p.120), pela “participação em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença.”.

Assim, a alegação que o juiz realizando atos de produção de provas garantiria a real igualdade de partes é teratológico. Obviamente, nenhum julgador irá, sem qualquer objetivo, requerer colheita de prova. Tendo algum objetivo obviamente se afasta de sua imparcialidade para adotar, concretamente, ato em favor de algum dos litigantes.

A segunda baliza que defende os poderes instrutórios do juiz afirma que a iniciativa instrutória oficial é a obrigação de motivação das decisões judiciais. Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova.

Este argumento não se sustenta. A produção de provas é ônus das partes e tais devem ser direcionadas para o magistrado julgar procedente ou não a demanda. No Processo Penal a atuação ativa do juiz se torna ainda mais

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

absurda. Isso, porque no momento do julgamento, caso o mesmo tenha alguma dúvida razoável sobre qualquer ponto do pedido acusatório, deverá julgar, sempre, a favor do réu.

Assim, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz não encontra guarida no sistema acusatório e sua ocorrência viola o contraditório e imparcialidade do magistrado.

A iniciativa instrutória do juiz no processo penal: a questão das verdades

Como visto, o modelo acusatório do processo penal não se coaduna com os poderes instrutórios do juiz. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar demandam um juiz inerte e passivo.

A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz não é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta é estranha ao processo penal democrático instituído em nosso país, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante, seu substituto processual, na ação penal de iniciativa privada) e cujo o ônus probatório de culpabilidade do réu lhe é incumbido.

O papel ativo do juiz na produção da prova afeta de sobremaneira a liberdade das partes. A igualdade de armas fica interferida pela atuação do magistrado, pessoa esta que a solução processual está, e que não pode substituir total ou parcialmente a atividade probatória das partes.

Por isso mesmo, o termo “verdade real”, indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela, através de sua atuação probatória.

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz, característica fundamental do processo inquisitivo, característica esta que a retórica não é capaz de alterar.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar os poderes instrutórios do juiz. Partindo dos modelos teóricos estudados, pode-se concluir que: o sistema processual penal brasileiro é essencialmente acusatório, e deve ser entendido sinteticamente como aquele onde as funções de acusar, defender e julgar encontram dissociadas.

Constatou-se também, que o processo penal acusatório não acolhe a possibilidade de iniciativa instrutória do juiz, e, que esta atuação não se encontra embasada no texto constitucional.

O fundamento da atuação instrutória do magistrado encontra-se na necessidade de uma prestação jurisdicional imparcial, conforme determinado pelo texto legal. Como afirmado por Lopes Jr. (2015, p.47):

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei no 3689/1941. Código de Processo Penal. Brasília: Senado, 1941.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

COUTINHO, Jacinto N de Miranda, Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, no 01, 2001.

CUNHA, Rogerio Sanches. Processo Penal: Doutrina e Prática. Salvador: Ed. Juspodium, 2008.

FERRAJOLI. Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2006.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino Filó. A iniciativa probatória conferida ao juiz é uma violação ao Sistema acusatório. Revista Athenas, vol. I, ano IV. Conselheiro Lafaiete. 2015. Disponível em http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano4_vol1_2015_artigo3.pdf. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

Gonçalves, Aroldo Plínio. Técnica Processual e teoria do processo/ Aroldo Plínio Gonçalves. — Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18) - jan./jul.2005.

LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 5ª Ed. 2010.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1993.

MARQUES, Jose Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Editora Bookseller, 1997. v. I.

MARCATO, Antônio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. Jus Navigandi, Teresina, n57, jul.2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3021>>. Acesso em: 18 setembro. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PENAL E A CRÍTICA AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes

Mauro da Cunha Savino Filó

Anderson Joubert Alves Gomes

QUINTANEIRO, Tania. Um toque de Clássicos. Marx, Durkheim e Weber 4. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

SOARES, Clara Dias. A verdade no processo penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano13, n. 1749, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11160>>. Acesso em: 18 set. de 2012.

TAVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar R. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Ed Juspodium. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

XAVIER, Trícia Navarro. Poderes Instrutórios do Juiz no processo de conhecimento. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-graduação em Direito Processual – da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.