

O JUIZ COMO GARANTIDOR DO PROCESSO PENAL VERSUS A SUA POSIÇÃO NA PARIDADE DE ARMAS QUANDO PRODUTOR DE PROVAS

Idara Maia Costa Correia¹

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O artigo elaborado possui como instrumento de análise o papel de confiança do magistrado no processo penal em conflito com sua figura produtora de provas. O estudo dessa adversidade efetuou-se com o auxílio dos recursos metodológicos indutivos, por meio de pesquisas bibliográficas para desenlaçar a constitucionalidade do dispositivo do art. 156, especificamente em seu inciso I, do Código de Processo Penal. O presente escrito, por exames na área principiológica, sistêmica e das garantias fundamentais tanto dos cidadãos como do juiz, pretende observar a efetivação da imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, está-se diante de um destrincho da garantia prevista no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, juntamente a legislação brasileira nas obras do Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal. Garantias. Juiz. Imparcialidade. Provas.

ABSTRACT

The elaborated article has as instrument of analysis the magistrate's trust function in the criminal procedure in conflict with his producer of evidences personage. The study of this adversity was carried out with the aid of inductive methodological resources, through bibliographical research to untangle the constitutionality of art. 156, specifically in its I subsection, of the Code Criminal Procedure. The present writing, through examinations in principles area, systemic and fundamental guarantees of both citizens and judge, intends to observe the effectiveness of impartiality in Brazilian legal system. Here, there is an untying of a guarantee provided in the American Convention on Human Rights, which Brazil is a signatory, together with the Brazilian legislation in the works of the Code of Criminal Procedure of 1941 and the Federal Constitution of 1988.

KEY-WORDS

Criminal procedure law. Guarantees. Judge. Impartiality. Evidences.

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua criação, o processo já passou por inúmeras modificações; umas, se deram em razão de fatores temporais, por uma regra ou princípio que sobreveio ter se mostrado melhor aplicável àqueles casos que ali lidavam; outras variaram de um território para outro, tudo como ainda se é possível de visualizar hoje, uma vez que o Direito está revestido de dinamismo. Dentro dessa perspectiva, uma figura icônica em qualquer conjuntura é a do juiz, aquele que alguns veem como superior no cenário processual.

Tal juiz, sob a ótica dos sistemas processuais penais, em dependendo de qual este se encontrar, poderá se deslocar para uma posição menos ou mais autoritária. Dada a sua importância no exercício desse papel, a qual se converte também na relevância do tema abordado, este artigo visa examinar a constitucionalidade do juiz produtor de provas, levando em consideração a paridade de armas no processo penal e a garantia da imparcialidade.

O Código de Processo Penal de 1941 prevê essa figura em seu art. 156, inciso I, ao estabelecer que será facultado ao juiz, de ofício, o poder de ordenar, até antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, desde que observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade dessa medida. Todavia, há a crença em que esse dispositivo viole a garantia da imparcialidade, predisposta na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

2 A FIGURA DO MAGISTRADO E SEU REFLEXO SOB A ÓTICA PRINCIPAL DO PROCESSO PENAL

Ao dar início a uma análise da figura central do processo, faz-se necessário que se realize, primeiramente, uma introdução desta na visão de alguns importantes prin-

cípios que regem o processo penal, tendo em vista que estes servem de base para uma melhor compreensão de como se desencadeia esse sistema.

Assim entende o autor Jacinto Coutinho, ao explicar que se deve “pensá-los como motivo conceitual sobre os quais funda-se a teoria geral do processo penal” (COUTINHO, 2000, p. 1), transcendendo claramente a sua importância.

A explicação desses princípios será condutora fiel de todo o entendimento com que se lidará na prática do processo penal quando este sobrevier ao curso do processo e sempre servirá como forma de embasamento, visto que são fontes do direito.

2.1 JUIZ: O SUJEITO PROCESSUAL DOTADO DE DEVERES E PREROGATIVAS

É sabido que o juiz, apesar de considerado o centro da relação processual triangular, não por isso também será um personagem com posição de superioridade em relação às partes. De fato, o poder jurisdicional de que é revestido para que seja capaz de solucionar o caso concreto deixa transparecer tal imagem do magistrado, mas isso significa, tão somente, como lucidamente alerta Jacinto Coutinho, que ele está ali para além dos interesses das partes e, conseqüentemente, está para além de seus interesses individuais, uma vez que encarna o próprio Estado. Isto é, com essa explicação, o autor mostra exibir que, na sua concepção, o juiz é um órgão *super partes*, mas em sentido diverso de estar acima das partes do processo (COUTINHO, 2001, p. 11).

A respeito disso, esclarece Norberto Avena que “o sujeito processual não é, propriamente, o juiz, mas sim o Estado-juiz, em nome do qual ele deve officiar” (AVENA, 2017, p. 88).

Desse modo, é imprescindível saber que, para que o magistrado cumpra com o seu dever de solucionar imparcialmente as lides pelas quais ficará responsável, ele estará, ao mesmo tempo, cercado de deveres, estes considerados poderes-deveres e prerrogativas ou garantias constitucionais, que visam afastá-lo de toda e qualquer interferência externa à sua função e ao processo.

Inicialmente, a respeito dos deveres da função jurisdicional em estudo, sabendo que o juiz é visto como o garantidor do processo, pode-se aferir que será também responsável pela celeridade processual quanto àquele ato que estiver ao seu alcance, no sentido de que deverá velar pela rápida prestação jurisdicional, exercendo suas atividades em tempo razoável para que não seja violada essa garantia do jurisdicionado.

Além disso, fala-se da imparcialidade. Consoante Avena (2017, p. 53), define-se:

Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo.

É verdade que de nada servirá a celeridade no processo se, ao atingir o momento decisório, o juiz julgar o caso inquisitorialmente, a partir de uma convicção já formada desde o momento da acusação e não a partir do livre convencimento proporcionado pelo contraditório durante o processo. Desse modo, já é possível alertar que o conceito de imparcialidade se encontrará não apenas como dever, mas também como princípio, desejo dos jurisdicionados, finalidade das prerrogativas, enfim, será um termo reiterado ao tratar do assunto da figura do magistrado no processo penal.

Ademais, ao ser conferida a competência do órgão jurisdicional para julgar determinado caso, se a ele for submetida a lide e tendo sido este devidamente provocado, não poderá refutar-se de julgar o que lhe for apresentado, isto é, não lhe é conferida a denegação de justiça, a opção de escolher julgar, em consonância com a garantia escrita na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, de que será inafastável o poder jurisdicional. Nesse caso, importante lembrar que não se aplica às situações de impedimento ou suspeição do juiz.

Em próximo plano, quanto ao que se diz sobre as prerrogativas constitucionais da magistratura, estas são mecanismos utilizados para a asseguarção da supracitada imparcialidade. Assim, é possível explanar que se acredita que, no caso de o juiz estar rodeado desses aspectos que a ele são benéficos, se verá ainda mais incentivado a julgar o caso com imparcialidade. Referindo-se a estas, define Avena que são garantias “que têm por finalidade assegurar-lhes o exercício da atividade jurisdicional da forma mais isenta possível, possibilitando-lhes julgar com absoluta imparcialidade” (AVENA, 2017, p. 90).

Desse jeito, são suas garantias: a vitaliciedade, segundo a qual não poderá o juiz ser destituído de sua função, se não por sentença transitada em julgado, estabelecida no art. 95, I da Lei Maior; a inamovibilidade, situada no inciso seguinte, na qual é assegurada a permanência do juiz no local em que exerça suas funções pelo período em que desejar, salvo motivo de interesse público reconhecido por dois terços do tribunal competente ou pelo Conselho Nacional de Justiça; a irredutibilidade salarial, presente no inciso III do art. 95; e a independência funcional, uma vez que ele será a figura passiva sobre a qual se firmará um convencimento exercido livremente, prescindindo de delegações para exercer seus atos.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES OU DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL

Proveniente do princípio constitucional da igualdade, o princípio da paridade de armas no processo penal busca evitar que uma das partes, autor ou réu, se posicione com privilégio em relação à outra, sendo efetivado um procedimento dotado de igualdade devidamente respeitada e, conseqüentemente, sejam garantidas as mesmas oportunidades de prova e de alegações, ficando as partes igualmente responsáveis por seus ônus, direitos e obrigações, sem que haja a mínima supremacia de uma em face de outra.

Como estabelece Nestor Távora em sua obra com Rosmar Rodrigues, o processo “deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional” (TÁVORA; RODRIGUES, 2017, p. 44). Em face disso, notório fica que o princípio em questão é um dos que mais contribui para a concretização desses efeitos no âmbito processual.

A partir de seu conceito e de uma reflexão básica, estima-se que, ao se deparar com um sistema processual inquisitório, no qual não há a separação do papel do acusador e do julgador, não há também, por coerência, a aplicabilidade deste princípio, uma vez que, nesse caso, o juiz inaugurará o processo previamente, acusando uma das partes e com um pensamento pré-elaborado quanto ao fato contido na lide, o qual já considera realmente existente, pois foi em razão dele que provocou a denúncia.

2.3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A imparcialidade, tomando como partida a definição objetiva de Távora e Rodrigues (2017, p. 46-47):

[...] é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção. Trata-se de decorrência imediata da CF/88, que veda o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente (art. 5º, LIII), representando exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito.

Em complemento, a imparcialidade encontra-se determinada no Pacto de São José da Costa Rica e é o fator que proporciona a jurisdição. Sem ela, hoje, não há mais que se falar em justiça e, para que exista, o magistrado deverá ir além do comportamento como parte interessada, ou da “imparcialidade”, não podendo haver diminuto interesse do juiz no resultado proveniente do processo, para qualquer das partes. Assim sendo, o compromisso do juiz no processo é com a execução da lei, somado ao dever de não transparecer seu pensamento pessoal a respeito daquela situação ou refleti-lo em sua decisão.

Ainda, ressaltando o posicionamento dos referidos autores na inicial conceituação, a imparcialidade indica honestidade, pois ainda que o juiz carregue consigo os valores de sua formação, o que justifica entendimentos distintos em relação a diversas situações fáticas, não significa que ele será parcial (TÁVORA; RODRIGUES, 2017, p. 47).

Segundo Eugênio Pacelli (2017, p. 211), é a “consequência mais importante do advento do sistema acusatório”. De fato, ainda será explorado no capítulo seguinte que a evolução de um sistema para o outro, quanto às suas características e influência no ordenamento jurídico, foi de grande porte, mas ainda existem autores que consideram o sistema inquisitório como sendo o vigente no Estado brasileiro em razão da faculdade conferida ao juiz de produzir provas, se assim achar necessário.

A partir dessas premissas é que se questiona se o magistrado, ao produzir provas no processo, não estaria violando essa imposição do pacto do qual o Brasil é signatário e também o que é estabelecido na Lei Maior, atividade esta que é prevista e permitida pelo Código de Processo Penal, mais precisamente em seu art. 156, inciso I. Como aponta Pacelli, o problema não é quanto à gestão da prova, mas o fato de se atribuir a iniciativa probatória ao juiz, de ofício, na fase de investigação (PACELLI, 2017, p. 214).

Desse modo, é possível ter uma ideia a respeito da possibilidade de limitação material ao magistrado no dispositivo em atenção, sem que haja a sério uma iniciativa probatória, mas mera dilação probatória acerca de evidências já trazidas anteriormente pelas partes, mas que não puderam suprir no todo a dúvida do julgador.

3 UMA APRECIÇÃO CONCISA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A APLICAÇÃO NA ESTRUTURA BRASILEIRA

De um sistema, decorrem normas. As normas, por vez, buscam sempre a adequação às necessidades da época em que se encontram para que possam suprir as suas exigências em consonância com o Direito. Em razão disso é que inteligentemente coloca Aury Lopes Jr. que “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época” (LOPES JR., 2008, p. 55). Assim, passa-se a analisá-los individualmente.

3.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Segundo Jacinto Coutinho, a presença desse sistema impossibilita o magistrado de criar aquilo que Franco Cordero chamou de “*quadro mental paranóico*” (CORDERO, 1986, p. 40 apud COUTINHO, 2001, p. 32), ou seja, ao juiz não será proporcionado o prejulgamento, a “possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro” (COUTINHO, 2001, p. 32).

Há, aqui, portanto, uma igualdade entre os direitos e posições das partes de um processo, com aquela terceira pessoa que não é parte, mas o preside, vulgo juiz, na função exclusivamente julgadora, sem poderes passíveis de viciar ou influenciar minimamente sua decisão. Assim, fica claro de descrever um cenário quando há a incidência desse sistema – aquele com a preferência pela liberdade de todos. Em consonância se encontra Aury Lopes Jr. (2013, p. 108) ao afirmar que “a forma acusatória caracteriza-se pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar”, uma vez que o magistrado situa-se em posição restrita.

O sistema acusatório resguarda o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade como preceitos fundamentais e indisponíveis, sendo aquele que figura a parte passiva o presumidamente inocente e não mero objeto de análise, predisposto como culpado, sob o qual o processo se ergueria em função única de con-

firmação do fato atribuído pela acusação ou pelo próprio juiz, como se dá quando regido pelo princípio inquisitivo.

2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

A presença de juízes inquisidores, por outro lado, “acarreta a destruição completa do processo penal democrático” (LOPES JR., 2013, p. 128). Para explicar isso, Aury Lopes Jr. utiliza da mesma fonte que Jacinto Coutinho, ou seja, da definição de Cordero: o *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*.

Desse modo, avança-se no pensamento segundo o qual estabelece que, ao produzir provas, o juiz “está ciente de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido” (LOPES JR., 2013, p. 129) e é, justamente, em face disso, que o magistrado encontra-se numa situação de violação à imparcialidade.

Em conformidade, dispõe Geraldo Prado (2005, p. 218) que: “a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar”.

Por razão do que foi exposto, então, é que a figura magistral inquisitória estará sempre, necessariamente, violando a garantia de juízo imparcial, pois não corresponde com sua atividade a obediência dessa determinação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.3 SISTEMA MISTO

O estudo em questão é, para alguns, interpretado como uma fusão dos sistemas acusatório e inquisitório, porém, na concepção de outros, dentre estes Aury Lopes Jr., não merece prosperar como um deles, uma vez que é alvo de diversas críticas e com base em motivo único e por si só suficiente para que não o seja re-ceptado como sistema propriamente dito: não possui princípio que o embase. São as palavras do mencionado autor:

A classificação de sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos: Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização. (LOPES JR., 2013, p. 119).

A sustentação da argumentação do autor se dá também com o apoio das palavras de Jacinto Coutinho (2001, apud LOPES JR., 2016, p. 42), tomadas como referência também por aquele, ao explicar que os sistemas não podem ser mistos por serem informados por meio de princípios unificadores, sendo essencialmente

puros, entretanto passíveis de adjetivações secundárias. De fato, o sistema misto não possui um princípio que o informe ou que simplesmente o norteie, situação que o desqualifica como um sistema processual penal propriamente dito, apesar de a maioria dos sistemas atuais não serem puros. Em contínua explicação, reitera Aury que “dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são” (LOPES JR., 2016, p. 43).

Assim sendo, é preferível que se entenda que há um determinado sistema processual penal, o qual predomina na legislação de um Estado, porém, naquela poderão ser encontradas características derivadas do sistema oposto ao efetivamente adotado. Isso ocorre porque, a pretensão de intermediar os dois outros sistemas e eliminar a imperfeição deles não se tem por fielmente atingida.

3.4 CONCLUSÕES A RESPEITO DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Como inicialmente retrucado, os sistemas se moldam de acordo com o momento em que o Estado se encontra. Destarte, não é proveniente de mera opção, mas das fortes raízes naturais do Estado.

A Constituição Federal dispõe de princípios que, implicitamente, estabelecem a realidade de um sistema acusatório, além do que instaura o seu art. 129, I. Todavia, para alguns autores, tomando Jacinto Coutinho como exemplo, nem de grande importância se faz tratar profundamente acerca do sistema acusatório, visto que “pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório” (COUTINHO, 2000, p. 4).

Com certa harmonia ao último autor em referência, Lopes Jr. (2013, p. 119) afirma acreditar em um modelo (neo)inquisitório, pois critica a possibilidade de existência de um sistema misto:

A classificação de um sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos: considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização.

Argumenta, ainda, que:

[...] 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. (LOPES JR., 2013, p. 119).

Desta maneira, acrescenta-se também que não se pode sustentar a existência de um sistema misto com base em argumentos que dizem a existência de uma fase inquisitiva (inquérito policial) e outra acusatória (processo penal), teste que é imediatamente destruída pelo fato daquela primeira fase ser prescindível. Como bem coloca Pacelli (2017, p. 21), “porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação”.

Ainda conforme Pacelli, “o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as existências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro *misto*” (PACELLI, 2017, p. 22). Acontece que o Estado, impossibilitado de obter um resultado pleno e bem definido em seu ordenamento jurídico, se vê em posição de quem deve, na verdade, estabelecer limites ao procedimento e não esquecer as garantias dos sujeitos processuais, no aguardo de que se estabeleça um sistema integralmente caracterizado.

A respeito disso, também se deve reiterar que não apenas as características que surgirem devem se mostrar, preferencialmente, de acordo com o sistema processual adotado, mas também aquelas que já o integram, mas não se encontram em conformidade com o princípio que o rege, devem ser adaptadas, na busca da “acoplagem constitucional” (LOPES JR., 2016, p. 44).

4 ANÁLISE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUA CONSTITUCIONALIDADE E FUNÇÃO

Encontra-se estabelecido no art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro:

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 a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Para Aury, em razão dos traços trazidos ao sistema brasileiro, o princípio informador seria o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz (LOPES JR., 2016, p. 48).

É, principalmente, em razão desse dispositivo que se faz presente a dúvida quanto ao sistema realmente aplicado no Estado brasileiro e, por conseguinte, de sua validade em razão da garantia da imparcialidade do juiz e da possível quebra desta última.

4.1 O DISPOSITIVO FRENTE À GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Depara-se aqui com o art. 156 de um Decreto-Lei em face do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que possui força supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Passa-se, assim, a discutir se o artigo em questão estaria de acordo com o pacto.

Primeiramente, afere-se dos primeiros tópicos que, para a real preservação da imparcialidade magistral, é fundamental que o juiz encontre-se alheio a produção de provas, em atenção à desproporcionalidade que pode ser causada. Ocorre que, de fato, quem sairá prejudicado, quase sempre será o sujeito passivo, dado que à defesa não incumbe o ônus de provar a inocência. Desse modo, ao entender que é responsabilidade da acusação provar que o réu é culpado, depreende-se que é muito mais útil ao juiz buscar provas para acusar, estimulando o desregulamento da paridade de armas no processo penal.

Destaca-se o relato de Renato Brasileiro:

[...] pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a imparcialidade. (LIMA, 2017, p. 613).

Além disso, como bem colocado por Brasileiro em sua obra, “se o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade do *juiz inquisidor* previsto no art. 3º da revogada Lei nº 9.034/95, conclusão semelhante deverá se dar em relação à nova redação do art. 156, inciso I, do CPP” (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.570/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004 apud LIMA, 2017, p. 614).

Para Aury Lopes Jr. (2016, p. 42),

[...] 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.

Ou seja, atualmente, se tomado por princípio acusatório o que rege a Constituição Federal de 1988, não estaria o disposto no art. 156, I do Código de Processo Penal autorizado a se efetivar, em razão da previsão de garantia de imparcialidade.

No tocante a essa dúvida que paira sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, explica Eugênio Pacelli (2017, p. 20) que:

A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da

nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08. Não se quer nenhum *juiz inerte*, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados.

Isto é, na visão de Pacelli, o art. 156 do CPP não atribuiria automaticamente característica inquisitiva no sistema processual penal brasileiro, se considerada a possibilidade prevista no artigo em consonância com limites substanciais de materiais já exibidos anteriormente pelas partes, aqueles que não produzirão novos fatos nos autos.

4.2 DISCUSSÃO ACERCA DA CONTRARIEDADE AO SISTEMA ACUSATÓRIO ADOTADO PELA LEI MAIOR

Por ser característica do sistema acusatório a iniciativa probatória das partes, em razão da “decorrência lógica da distinção entre as atividades” (LOPES JR., 2013, p. 109), estaria sendo violada, além da garantia da imparcialidade, a aplicação desse sistema no Brasil, o qual é reconhecido majoritariamente.

Apesar de não ser possível verificar, hodiernamente, a pureza nos sistemas existentes no mundo, não se pode tomar como natural a incorporação de todo e qualquer dispositivo que atribua características contrárias ao sistema essencialmente adotado. Desse modo, a previsão destes, como é o caso do art. 156 do CPP, facilitam a possibilidade de externar a adoção de um princípio inicialmente não tomado por norteador.

Segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 43), essa receptação do artigo em comento, assim como a de outros presentes na mesma lei, fundam um sistema inquisitório, visto que quebram a igualdade e do contraditório e, conseqüentemente, da estrutura dialética do processo. Ainda na mesma linha, explica que:

Todas essas questões giram em torno do tripé **sistema acusatório, contraditório e imparcialidade**, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo. (LOPES JR., 2016, p. 44).

Assim sendo, apesar de ser definido pela Constituição Federal de 1988 um processo penal acusatório, com fundamento nas características inerentes a este, na concepção de Lopes Jr. (2016, p. 44), faz-se necessária uma “filtragem constitucional” dos dispositivos substancialmente incompatíveis com o princípio acusatório.

Da proposta de filtragem referida pelo autor em comentário, por consequência, surgirá o reconhecimento desse problema do Código de Processo Penal, sendo imprescindível a busca pela adaptação constitucional alinhada com a matriz acusatória.

5 CONCLUSÃO

A responsabilização penal deve ser vista como o último recurso de aplicação a alguém em razão de sua gravosidade, ainda que toda e qualquer parte a ser julgada tenha uma série de princípios em seu favor, pois ainda que estes sejam previstos, nem sempre serão essencialmente seguidos como deveriam, em razão de divergências encontradas nas leis, como é o caso do dispositivo que foi analisado na elaboração desse artigo.

Como muito já aconteceu, diversas pessoas já foram inocentadas justamente e em razão do devido processo legal, do contraditório, da imparcialidade magistral, dentre outros fatores de que dispõe o processo penal brasileiro, porém, não se pode negar a existência dos casos em que não houve profunda análise quando necessária fora e inocentes cumpriram penas pertencentes a outros. Em razão disso é que já se imagina que, se mesmo com tantas prerrogativas dispostas, todos estão passíveis a sofrer injustiças, ao se deparar com divergências no próprio ordenamento, o cuidado deverá ser redobrado.

De fato, o que se busca é que esses casos quase nunca ocorram, em razão de uma pluralidade de princípios, como o da pessoalidade e da individualização da pena. Todavia, sabe-se que a magistratura não é mera atividade automática e regular, o que torna a resolução de determinados casos caótica e, por muitas vezes, injusta.

No caso em estudo, a aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal se mostraria indo contra uma das principais, senão a principal característica, que é a imparcialidade do juiz quando este possui a faculdade de produção de provas. Ora, como demonstrado, com essa atividade, poderia ocorrer em verdade a quebra desse preceito ao trazer fatos anteriormente não reconhecidos no processo em andamento, já que o sistema acusatório atribui às partes a gestão das provas. Do mesmo modo, pode ser aferido que também poderá não haver esse rompimento, se a diligência tomada pelo magistrado se der em volta de fato já trazido, porém de difícil elucidação ou entendimento.

Em síntese, ainda há muito a se executar para que se dê a limitação material na produção de provas que partir de determinação magistral, pois, como visto, é algo que pode ser facilmente violado. Ainda, quanto à possibilidade de um juiz investigador, esse assunto necessitaria de ainda mais atenção para que pudesse surgir essa figura em consonância e respeito para com a paridade de armas no processo penal, que se encontra inegavelmente desatualizado e cruzado por características que, na essência do sistema acusatório, seriam contraditórias. Como de praxe, por enquanto, nesse âmbito permanece a expectativa da boa-fé processual do juiz em conjunto com as garantias que lhes são inerentes para que efetivem sempre a imparcialidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 9 out 2017, 11:00:00.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. In: **Separata ITEC**, ano 1, n.4, jan-fev-mar. 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de direitos humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), 1969.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

Data do recebimento: 12 de janeiro de 2018

Data da avaliação: 19 de fevereiro de 2018

Data de aceite: 13 de março de 2018

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL. Email: idaramaiac@hotmail.com