

JURISDIÇÃO PENAL: BUSCA DA VERDADE, IMPARCIALIDADE E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Paula Rainna Nascimento Santos¹

Robson Cosme de Jesus Alves²

RESUMO

O presente artigo tem como tema a Jurisdição Penal, procurando analisar, sobretudo, a relação existente entre a busca da verdade, a imparcialidade e o livre convencimento motivado do magistrado. Para tanto, inicialmente apresenta-se a concepção de jurisdição penal não como mero poder estatal, mas, fundamentalmente, como garantia constitucional. Em seguida, são examinados os aspectos referentes à busca da verdade no exercício da jurisdição, demonstrando a necessidade de desconstrução do mito da verdade real ou absoluta e de disseminação da concepção de busca da verdade processual, construída dentro de um devido processo penal, através do complexo probatório carreado aos autos, daí a análise da íntima relação entre prova e verdade. Posteriormente, procura-se refletir sobre a imparcialidade e o livre convencimento motivado do julgador enquanto garantias constitucionais limitadoras da busca da verdade no exercício da jurisdição penal. Desse modo, considerando a atividade jurisdicional penal como garantidora do sistema de garantias constitucionais, entre as quais se inserem a imparcialidade e o livre convencimento motivado, conclui-se não ser legítima a busca da verdade a todo custo, mas de uma verdade construída em processo regular, através da atividade probatória das partes, por meio do livre convencimento de julgador imparcial.

1. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes. Email: paularainna@hotmail.com

2. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor Universitário. Email: rcjalves@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição penal. Verdade. Imparcialidade. Livre convencimento

ABSTRACT

This article focuses on the Criminal Jurisdiction, trying to analyze, especially the relationship between the search for truth, impartiality and free-motivated conviction of the magistrate. Therefore, initially presents the conception of criminal jurisdiction not as a mere state power, but fundamentally as constitutional guarantee. Then they examined the aspects related to the search for truth in the exercise of jurisdiction, demonstrating the need to deconstruct the myth of real or absolute truth and spread the concept of truth-seeking procedures, built within a criminal due process, through complex evidence adduced before the Court, then the analysis of the intimate relationship between evidence and truth. Subsequently, we try to reflect on the impartiality and free-motivated conviction of the judge while limiting constitutional guarantees of seeking truth in the exercise of criminal jurisdiction. Thus, considering the criminal court activity as guarantor of the constitutional safeguards system, including fall impartiality and free-motivated conviction, it appears not to be legitimate the pursuit of truth at all costs, but a true built in regular process through evidential activity of the parties, by means of free conviction in an impartial judge.

KEYWORDS

Criminal Jurisdiction. Truth. Impartiality. Free-Motivated Conviction.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a Jurisdição Penal, especialmente no tocante à relação existente entre a busca da verdade, a imparcialidade e o livre convencimento motivado do julgador. Pretende-se, por meio deste, analisar a concepção de jurisdição

penal ante os valores da atual ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito, constatando que a atividade jurisdicional não pode ser compreendida como mero poder estatal, mas essencialmente como uma garantia constitucional do acusado e da sociedade como um todo, tendo como escopo primordial a efetivação de diversas outras garantias constitucionais. Por conseguinte, objetivava-se demonstrar que, nesse cenário, não é admitida qualquer outra forma de busca da verdade que não com máximo respeito ao sistema de direitos e garantias decorrentes da Constituição.

Para tanto, faz-se mister a abordagem de determinadas questões, a saber: a concepção de jurisdição como garantia constitucional; a desconstrução do mito da verdade real ou absoluta a ser buscada a qualquer preço, ainda que com violação de garantias; a busca pela verdade processual, mais identificada como verossimilhança e extraída dos elementos probatórios contidos nos autos, com respeito às garantias e formalidades processuais; a íntima relação entre prova e verdade processual, pois é por meio daquela que se busca esta; a postura de juiz-instrutor e o risco de que este abandone o seu papel constitucional de garantidor para transformar-se em inquisidor, com comprometimento da sua imparcialidade; a imparcialidade e o livre convencimento do magistrado como elementos limitadores e legitimadores da busca da verdade no exercício da jurisdição penal.

2 JURISDIÇÃO PENAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Historicamente tem preponderado a ideia de jurisdição como poder do Estado de dizer o direito no caso concreto. Desse modo, ainda predomina nos dias atuais a concepção de jurisdição penal como atividade a serviço da efetivação do poder punitivo, ou seja, desempenhada e definida segundo as necessidades deste, restando ao acusado apenas a submissão a tal poder.

Ocorre que, a prevalência da noção de jurisdição como mero poder estatal enfatiza o aspecto da coação, do autoritarismo, de tal forma que

acaba abrindo espaço para: práticas arbitrárias em nome da concretização do poder de punir; relativização de garantias constitucionais do cidadão; ilimitada liberdade de iniciativa probatória do magistrado, a pretexto de alcançar a verdade real – que na realidade não passa de verdade imposta dogmáticamente pelo poder – entre outros abusos, incompatíveis com os valores de um Estado Democrático de Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, que é fundado na tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio do poder estatal, por meio de um sistema de direitos e garantias consagrados constitucionalmente, a atividade jurisdicional deve ser compreendida não como mero poder, mas, sobretudo, como garantidora desse sistema de direitos e garantias constitucionais, uma vez que, nas palavras de Lopes Jr. (2006, p. 47):

A efetividade da proteção está em grande parte dependente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Assim, sob a ótica constitucional, a jurisdição penal é uma atividade complexa, pois embora seja uma parcela do poder estatal é, simultânea e preponderantemente, uma atividade limitadora deste e garantidora do indivíduo a ele submetido. Representa para o cidadão a garantia não apenas de ser julgado perante um magistrado, mas perante um magistrado imparcial, natural e garantidor, por meio de um devido processo penal, culminando na prolação de decisão que reflita o livre convencimento do julgador, construído a partir da atividade probatória das partes, obtendo assim uma verdade processualmente válida.

Conforme ressalta Lopes Jr. (2012, p. 253), no sistema constitucional democrático o poder não está autolegitimado, não se basta por si

próprio, sua legitimação se dá pela estrita observância às regras do jogo democrático, que limitam o seu exercício, já que todo poder tende a ser autoritário, então precisa ser controlado pelo próprio poder. Não se confere poder pelo simples poder, mas poder comprometido com a missão constitucional.

Nesse contexto, o escopo primordial da jurisdição penal e legitimador do seu exercício é a efetivação das garantias constitucionais. Destarte, o processo penal, necessário ao exercício da jurisdição penal, não é mero viabilizador das sanções do Direito Penal ou mero instrumento para a concretização do poder punitivo. É, precipuamente, instrumento de garantias tanto do indivíduo quanto da legitimidade do próprio procedimento por meio do qual é exercida a Jurisdição Penal. Nesse sentido, aduz Rangel (2012, p. 56) que:

Em regra, nos grandes Manuais de Processo Penal, há a definição de que o processo penal é a 'disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal, as atividades da Polícia Judiciária, os órgãos respectivos e seus auxiliares', ou o Direito que faz 'atuar as relações já reguladas pelo direito substancial' [...]. Tais definições colocam o processo penal em uma posição de mero aplicador das sanções do Direito Penal, como uma ciência meramente auxiliar, subsidiária ou supletiva do papel repressor do Estado. Como se o processo penal não fosse, ele sim, um instrumento de garantia do cidadão contra abusos do Estado. O verdadeiro escudo contra atos abusivos do Estado à liberdade de locomoção do indivíduo e o seu status dignitatis. Essa ideia diminui o papel verdadeiro que a ciência do processo penal desempenha em um Estado Democrático de Direito, isto é, a de um Direito Constitucional aplicado.

Ferrajoli (2002, p. 39) sustenta que a jurisdição penal, assim como toda atividade judicial, é um 'saber-poder', ou seja, uma combinação de conhecimento e de autoridade. Porém, salienta que o poder, entendido como coação exercida sobre o sujeito passivo da relação processual penal, somente está legitimado quando funda-

do no saber, no conhecimento construído pelo julgador por meio do devido processo penal, com respeito ao sistema de garantias mínimas. Dessa forma, o saber, isto é, a racionalidade, o cognitivismo processual, deve prevalecer sobre o poder, limitando-o, coibindo assim o despotismo penal e o decisionismo orientado por valores que não a verdade processual.

3 A BUSCA DA VERDADE NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PENAL

3.1 MITO DA VERDADE REAL E VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A descoberta da verdade constitui um dos mais antigos e fascinantes anseios do homem, em todas as atividades que exerce, em qualquer área do conhecimento. No Direito, notadamente no âmbito Penal e Processual Penal, a questão da verdade ganha especial destaque, sobretudo em virtude da relevância social que possuem os bens jurídicos penalmente tutelados e o bem jurídico em jogo no processo penal, qual seja, a liberdade do acusado.

Tradicionalmente, significativo setor da comunidade jurídica costuma tratar a chamada 'verdade real' ou 'absoluta' como princípio informador do processo penal e como o escopo primordial deste, ensejando assim a disseminação do dogma ou mito da verdade real, cujos efeitos são percebidos ainda nos dias atuais.

Ocorre que o mito da verdade real conduz a uma série de perigos e armadilhas. Primeiramente porque, como afirma Ferrajoli (2002, p. 42), a ideia de alcance da verdade real ou absoluta é uma 'ingenuidade epistemológica', em razão da impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto acerca de fatos passados, irrepetíveis e sobre os quais não se tem conhecimento direto, mas somente indireto, por meio do complexo probatório dos autos. Conforme explica Lopes Jr. (2006, p. 33-34), o

processo, enquanto ritual de reconstrução do fato histórico, nunca será o fato, mas apenas uma aproximação ritualizada do fato. No mesmo sentido, ressalta Badaró (2003, p. 28-31) que:

No campo processual, a busca da verdade – com a consequente certeza judicial – se dá por meio de um processo de reconstrução histórica. Por tal motivo, a atividade do juiz costuma ser comparada à do historiador; ambos devem reconstruir um fato passado, irrepetível e não diretamente conhecível. Este juízo investigativo, diversamente do juízo lógico, jamais permitirá que se atinja uma certeza absoluta. A certeza processual, assim como a certeza do historiador, será sempre relativa. Por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato. A certeza absoluta, decorrente de um juízo lógico, como a certeza que se pode chegar no campo da lógica formal, jamais será atingida pelo juiz. Por ter que trabalhar com uma reconstrução histórica, o juiz, assim como o historiador, jamais terá absoluta certeza de que a alegação sobre um determinado fato é verdadeira ou falsa. A prova nunca dará ao juiz uma certeza, mas somente uma aproximação, maior ou menor da certeza dos fatos.

Desse modo, como a verdade em termos absolutos é inatingível, a chamada 'verdade real ou absoluta' não passa de verdade imposta dogmaticamente pelo poder. Entretanto, o discurso da verdade real continua sendo utilizado para fundamentar supressão de garantias do acusado, ampliação ilimitada da iniciativa probatória do magistrado, com violação da sua imparcialidade, entre outras práticas arbitrárias, sob o argumento da relevância dos interesses em jogo no processo penal e da garantia da segurança jurídica, baseado na lógica de que os fins justificam os meios. Frise-se que, por meio da interiorização desse discurso, estimulador de pânico na sociedade, esta acaba muitas vezes por tolerar tais práticas, sem a consciência de que 'risco e insegurança sempre existirão, mas é sempre melhor risco com garantias pro-

cessuais do que risco com autoritarismo” (LOPES JR., 2006, p. 68). É por isso que, consoante assevera Oliveira (2012, p. 323):

Talvez, o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal. O aludido princípio, como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de poderes mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no.

Destarte, resta evidente a necessidade de desconstrução do mito da verdade real como princípio informador do processo penal, por ser incompatível com os valores do Estado Democrático de Direito, com a atual ordem constitucional, com o perfil acusatório que o constituinte conferiu à atividade jurisdicional e com o processo penal constitucional garantista. É notório que esse mito deturpa a função jurisdicional, pois, ao estabelecer como objetivo principal da jurisdição a busca pela verdade a qualquer custo, ainda que fora das regras procedimentais, transforma o julgador em inquisidor, autorizando práticas arbitrárias, relativizando garantias como legalidade, imparcialidade do julgador, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, entre outras. Assim, o aludido mito rompe com a concepção de jurisdição como garantia e de julgador como garantidor da máxima eficácia dos direitos fundamentais, concepção esta que orienta o Estado Democrático de Direito.

3.2 VERDADE PROCESSUAL: DESCONSTRUINDO O MITO DA VERDADE REAL

Diante da impossibilidade de alcance da verdade dos fatos em termos absolutos – em virtude das limitações epistemológicas e das restrições processuais (garantias do acusado) – constata-se a necessidade de desconstrução do mito da verdade real e, consequentemente, da concepção de que atividade jurisdicional tem como objetivo a persecução da verdade real ou absoluta a qualquer preço. No entanto, não significa que o julgador pode abrir mão da busca da verdade para proferir decisão com base em critérios arbitrários ou irracionais, pois, conforme assevera Ferrajoli (2002, p. 38), ‘se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade’.

Isso significa que no exercício da jurisdição penal o julgador deve buscar uma verdade humanamente possível, extraída das provas existentes nos autos, por meio de um devido processo penal e com o máximo respeito aos direitos e garantias do acusado, em suma, ‘uma verdade processualmente válida’ (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 130). Ou seja, deve buscar uma verdade processual, identificada como probabilidade ou verossimilhança, por ser uma verdade em termos relativos, aproximativos, probabilísticos, construída dentro do processo penal, instrumento destinado à reconstrução do fato histórico, à maior aproximação possível deste, à identificação da hipótese mais provável, nos limites impostos pela ordem jurídica. Afinal, a busca pela verdade processual é valor que legitima o exercício da função jurisdicional.

Devemos buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste como a justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória. (TÁVORA, ALENCAR, 2012, p. 62).

Conforme preleciona Ferrajoli (2002, p. 38), no exercício da jurisdição penal a busca pela verdade tem como fator legitimante a estrita observância às 'regras do jogo'. Por conseguinte, trata-se de uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, sobretudo porque: deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas; é sempre uma verdade apenas provável e opinativa; na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade. Assim, consolida-se o valor do formalismo como garantia do indivíduo no exercício da jurisdição penal, inclusive contra a introdução de 'verdades reais ou absolutas', tão arbitrárias quanto intoleráveis.

Desse modo, resta evidente que:

Conceitos como 'verdade absoluta' ou 'verdade material', mais serviram para justificar abusos processuais do que para contribuir para uma melhoria da eficácia epistemológica do processo como instrumento de realização de justiça. Negar tais conceitos e afirmar que a verdade deve ser entendida como 'elevadíssima probabilidade' é um caminho seguro para a busca da justiça. No processo o accertamento dos fatos é um objetivo a ser seguido, embora se tenha consciência da impossibilidade de atingir a 'verdade objetiva ou absoluta'. (BADARÓ, 2003, p. 62).

4 PROVA E VERDADE

A prova está intimamente relacionada à obtenção de uma verdade processual, isto é, à construção de uma verdade dentro de um devido processo penal. É por meio do conjunto probatório carregado aos autos que o julgador deve buscar, no curso de um processo regular, a reconstrução do fato histórico, a maior aproximação possível deste, com o máximo respeito aos direitos e garantias individuais.

É inegável que o sistema de provas tem como valores basilares a presunção de inocência, o favor rei ou favor réu e o in dubio pro reo. Como o réu goza de presunção de inocência e a dúvida milita em seu favor, compete à acusação a integridade

do ônus probatório, de modo que, caso não consiga desincumbir-se de tal ônus, carregando aos autos provas suficientes para desconstituir essa presunção, a consequência deverá ser a absolvição. No mesmo sentido, salientam Távora e Alencar (2012, p. 394) que:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do condenado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.

Assim, resta evidente que, à luz dos princípios e garantias constitucionais, no processo penal não há que se falar em distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa, mas na sua atribuição integral ao órgão da acusação. Ademais, sob uma perspectiva diferenciada e positiva, reconhece-se a prova como um direito subjetivo conferido ao acusador e ao acusado, oportunizando a ambos a contribuição para a formação do convencimento do magistrado.

Como decorrência do princípio e consequência do exercício da ampla defesa, pode-se afirmar que o réu tem direito à prova. Desnecessário afirmar que igual direito assiste ao órgão da acusação, já que o direito do réu à prova tem como pressupostos a existência e o exercício do direito da acusação. O exercício desse direito se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da obtenção, a da introdução e produção no processo e, por fim, a da valoração da prova, na fase decisória. (OLIVEIRA, 2012, p. 334).

Outro ponto fundamental a respeito da relação entre prova e verdade é a discussão em torno da (in) constitucionalidade da atribuição de iniciativa probatória ao órgão julgador. Isso porque o art. 156, I, do Código de Processo Penal prevê que poderá o juiz, de ofício, ordenar a produção antecipa-

da de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Por sua vez, o inciso II do referido dispositivo faculta ao magistrado, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Observa-se que a Constituição Federal – democrática e garantista – consagrou o sistema processual penal acusatório, caracterizado pela nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, atribuídas a sujeitos processuais distintos, possibilitando que o poder limite o próprio poder, com o objetivo de conter arbitrariedades. Essa separação de funções no contexto da jurisdição penal é imprescindível para a efetivação da garantia de imparcialidade do órgão julgador.

Porém, verifica-se no Código de Processo Penal a manutenção de dispositivos baseados na lógica inquisitorial, logo, inconstitucionais por contrariarem a opção constitucional pelo sistema acusatório. Conforme assevera Carvalho (2010, p. 91):

A iniciativa de propositura da ação penal ao Ministério Público, agregada à série de princípios relativos ao devido processo legal nominados entre os direitos e garantias individuais (presunção de inocência, ampla defesa, publicidade, duplo grau de jurisdição, vedação da prova ilícita, motivação das decisões, nemo tenetur se detegere), demarcou a opção constitucional por estrutura processual acusatória. No entanto a manutenção dos dispositivos do Código de Processo Penal que centralizam o processo na figura do Juiz, mormente no que tange à gestão da prova, mantém forte traço inquisitório, invertendo a ênfase constitucional de protagonismo das partes.

É o que ocorre com o art. 156 do aludido diploma legal, que atribui poderes instrutórios ao juiz, facultando a ele assumir um papel ativo na busca da prova, exercer atividade supletiva ou substitutiva das partes, rompendo assim com

a separação de funções imposta pelo sistema acusatório e com garantias como a imparcialidade do juízo. Assim, fortalece o mito da verdade real ou absoluta, buscada incondicionalmente, ainda que com supressão de garantias. Por essa razão e por diversas outras, Lopes Jr. (2012, p. 156) critica veementemente o aludido dispositivo, aduzindo que:

O art. 156 sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Incrivelmente, com a reforma operada pela Lei n. 11.690/2008, ficou ainda pior. É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório. [...] Pronto, consagraram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão. Tampouco os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade legitimam tal ativismo judicial, pois são vagos, imprecisos e manipuláveis.

Ademais, a atribuição de iniciativa probatória ao juiz confere a este a possibilidade de primeiro decidir, se comprometendo com uma hipótese prévia, com uma ‘verdade’ preestabelecida, para depois buscar material probatório que justifique a decisão tomada. Desse modo, ao invés de formar o seu convencimento por meio das provas carrei-

adas para os autos, o julgador acaba por formá-lo antecipadamente, ou seja, por realizar um pré-julgamento para, em seguida e de ofício, produzir provas destinadas a confirmá-lo.

[...] e, assim seguem insistindo, contra a Constituição, em manter o Sistema Inquisitório que se retira, antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um devido processo legal e, assim, incompatível com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, senhor das provas e, sobretudo – como sempre se passou no Sistema Inquisitório – pode decidir antes e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada. (COUTINHO, 2009, p. 109).

Claramente, essa postura de juiz-instrutor conduz o julgador a usurpar funções atribuídas constitucionalmente às partes, retira-o da posição de equidistância em relação a estas, que é indispensável para a adequada apreciação do caso penal, além de estimular pré-julgamentos, o que compromete a sua imparcialidade, garantia fundamental da jurisdição. Assim, faz com que o magistrado abandone o seu papel constitucional de garantidor, para assumir o de inquisidor. O acusado deixa de ser visto como sujeito de direitos, transformando-se em mero objeto de investigação, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrair a verdade a qualquer custo. Em suma, nas palavras de Rangel (2011, p. 11), o ativismo probatório:

[coloca] o juiz no papel de investigador, descendo do seu lugar supra partes (distante dos interesses das partes), para procurar aquilo que acha que é a verdade, ou que ele quer que seja a verdade. Trata-se do juiz inquisidor. Do juiz que, ao interrogar, já sabe o que vai fazer: condenar ou absolver. Depois de decidir, no seu (sub)consciente, ele vai atrás da prova para justificar sua decisão.

Por conseguinte, não restam dúvidas de que a atribuição de iniciativa probatória ao julgador, como prevê a legislação processual penal, é incompatível com o sistema acusatório adotado pela Lei Maior, com a nítida divisão de papéis pro-

cessuais nela estabelecida, com as garantias nela consagradas, enfim, com a nova ordem constitucional vigente. Afinal, consoante enfatizam Távora e Alencar (2012, p. 396):

A busca da verdade [...] não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O tênue limite entre a busca da verdade e a fronteira de resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reavivado, a fim de evitar arbítrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu os limites da fronteira, venha transmutar-se em prova ilícita.

Assim, no processo penal acusatório-democrático a iniciativa probatória deve ser conferida inteiramente às partes, devendo o magistrado constituir o seu convencimento a partir das provas por elas carreadas aos autos. Destarte, diante da ausência de provas suficientes para demonstrar os elementos caracterizadores do crime, não caberá ao julgador assumir a iniciativa probatória, usurpando papel constitucional das partes. Na verdade, caberá a ele decidir pela absolvição do acusado por insuficiência de provas para a condenação, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, uma vez que a dúvida deve militar em favor do imputado, que tem a presunção de inocência assegurada constitucionalmente.

5 IMPARCIALIDADE E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: LIMITES À BUSCA DA VERDADE NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PENAL

A imparcialidade do órgão julgador é característica inerente ao exercício da jurisdição, fundamental ao regular desenvolvimento do processo penal constitucional democrático e elemento primordial no sistema processual penal acusatório, consagrado constitucionalmente. Corresponde à posição de alheamento do julgador em relação ao interesse das partes, indispensável para a devida apreciação do caso penal, para a busca da verdade

processual, para a livre formação de seu convencimento, sem sujeitar-se a qualquer forma de pressão ou manipulação interna ou externa.

Na medida em que o Estado-juiz chamou para si a tarefa de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões, exige-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes. Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição supra partes. (RANGEL, 2011, p. 20).

Cumprido destacar que a imparcialidade e a independência do juízo são garantias fundamentais tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aqueles que demandam perante ela e para a sociedade como um todo. Com o intuito de criar condições para a efetivação de tais garantias, em seu art. 95 a Constituição Federal estabelece para o magistrado uma série de garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e, também, de vedações (a exemplo da vedação à dedicação à atividade político-partidária).

Por sua vez, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado no processo penal brasileiro, representa outra garantia fundamental tanto para o julgador quanto para os jurisdicionados. Significa que, embora o juiz esteja adstrito às provas produzidas no processo, ele possui liberdade para atribuir valor às mesmas na formação de seu convencimento, na busca pela verdade processual, pois não existe valor prefixado, ou seja, não existe tarifação legal. No entanto, essa liberdade na apreciação da prova não é absoluta ou ilimitada, não se confunde com mero arbítrio, uma vez que, consoante salienta Bonfim (2012, p. 95):

Essa liberdade conferida ao juiz [na apreciação das provas] encontra equilíbrio na obrigatoriedade de que este exponha, motivando as decisões que proferir, os elementos de prova que fundamentam suas decisões e as razões – pois os fundamentos devem ser racionais – pelas quais esses elementos serão considerados determinantes. (ART. 381, III, do CPP).

Destarte, a garantia da motivação das decisões, prevista expressamente no art. 93, IX, da Constituição Federal, possibilita um controle objetivo sobre a observância de diversas outras garantias como a legalidade, a imparcialidade do julgador e o devido processo penal, coibindo arbitrariedades no exercício da função jurisdicional. Com brilhantismo, enfatiza Fernandes (2012, p. 139) que:

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, era tratada como garantia técnica do processo, com objetivos endo-processuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir aos órgãos judiciários de segundo grau o exame da legalidade e da justiça da decisão. Agora, é vista como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. Às partes sempre interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa. [grifos nossos].

Outrossim, a motivação é elemento que legitima o processo de formação do convencimento do julgador, a construção da verdade no processo penal, permitindo constatar se a decisão judicial foi fruto do saber, do amplo conhecimento acerca do caso penal por meio dos elementos probatórios contidos nos autos e não mera manifestação do poder, da autoridade do órgão julgador. Sem a garantia da fundamentação das decisões, as demais garantias processuais restariam enfraquecidas ou inócuas, pois, conforme ressalta Lopes Jr. (2012, p. 253):

Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional democrático, o poder não

está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.

Quanto à garantia do livre convencimento motivado, é importante frisar que o art. 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/08, impede o magistrado de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. É inegável que o texto atual do referido dispositivo legal representa um avanço, mas ainda assim é alvo de severas críticas feitas pelos que defendem a necessidade de um avanço ainda maior, que seria impedir o julgador de fundamentar sua decisão em elementos colhidos no inquérito policial, sem as garantias do contraditório, da ampla defesa e da jurisdição. Corroborando esse entendimento, afirma Lopes Jr. (2008, p. 155) que:

O art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o 'exclusivamente' para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial.

Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças 'fazendo de conta que...' o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas linguísticas do 'cotejando a prova judicializada com os elementos do inquérito...' ou 'a prova judicializada é corroborada pe-

los atos de inquérito...'. Quando um juiz faz isso na sentença, está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito policial (meros atos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia da jurisdição etc., pois no processo não existem provas suficientes. Quem precisa cotejar e invocar o inquérito policial quando a prova judicializada é suficiente? [...].

Desse modo, resta evidente que a imparcialidade e o livre convencimento motivado constituem garantias não apenas do acusado, como também do julgador e da sociedade como um todo. São elementos limitadores e legitimadores da busca da verdade no exercício da jurisdição penal. Coíbem a busca da verdade de forma ilimitada, a qualquer custo, pois impõem como legítima tão somente aquela que ocorra com respeito às formalidades processuais.

6 CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo, restou demonstrado que, considerando os valores da atual ótica constitucional e de um Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Penal deve ser compreendida não como mera manifestação de poder ou autoridade, mas, preponderantemente, como uma garantia constitucional. Logo, constatou-se a necessidade de desconstrução do mito da verdade real, por ser incompatível com os valores constitucionais, uma vez que rompe com a concepção de jurisdição como garantia e de julgador como garantidor da máxima eficácia dos direitos fundamentais, transformando-o em inquisidor, autorizando a busca da verdade a qualquer custo, ainda que com supressão de garantias.

Assim, verificou-se que, no exercício da jurisdição penal, o julgador deve buscar uma verdade extraída das provas existentes nos autos, por meio de um devido processo penal e com o máximo respeito aos direitos e garantias do acusado, ou seja, uma verdade processual. Nesse contexto, observou-se que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, facultando a ele assumir um papel ativo na busca da prova, vai de encontro à concepção de verdade processual e fortalece o mito da verdade real ou absoluta, buscada ilimitadamente.

Por fim, restou evidente que as garantias consagradas constitucionalmente, em especial, a imparcialidade do juízo e o livre convencimento motivado do magistrado, são limitadoras e legitimadoras do exercício da jurisdição penal,

coibindo arbitrariedades. Logo, ante a atual ordem constitucional, na atividade jurisdicional penal não se admite qualquer outra forma de busca da verdade que não com máximo respeito às garantias.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7.ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores penais na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Revista de informação legislativa**, v.46, n.183, p.103-115, jul./set. de 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/194935?show=full>>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOPES JR., Aury. **Bom para que(m)?** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19.ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RANGEL, Paulo. **O processo penal como instrumento de garantia: o juiz político**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/10/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

Recebido em: 8 de março de 2014
Avaliado em: 11 de março de 2014
Aceito em: 11 de março de 2014
