

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Henrique Oliveira Bontempo¹

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz criminal à luz da eleição constitucional do sistema acusatório. Para tanto é feita uma análise dos sistemas acusatório e inquisitivo para concluir qual é o sistema processual brasileiro. A partir daí, pretende concluir sobre a constitucionalidade a iniciativa probatória do juiz no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: iniciativa probatória, sistema acusatório, sistema inquisitivo, inconstitucionalidade, imparcialidade.

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas processuais vêm, ao longo do tempo, sofrendo diversas mudanças. Foram evoluindo de suas fases primitivas até as mais modernas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou-se claramente um regime democrático de direito no Brasil, repercutindo inclusive no plano processual penal nacional. O regime democrático trouxe consigo o princípio da imparcialidade, verificando-se nesse ponto o problema, enquanto o sistema acusatório zela pela imparcialidade do magistrado o sistema inquisitivo o despreza.

Dessa forma, sob a análise do sistema processual penal adotado no Brasil e do princípio da imparcialidade, intenta-se certificar se seria possível, após a Constituição Federal de 1988, a iniciativa probatória do magistrado no processo penal.

Ademais, pretende-se obter um posicionamento concreto sobre a constitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal que autoriza ao juiz determinar de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, além de autorizar também, a produção antecipada de provas consideradas urgente antes de iniciada a instrução penal.

2 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Inicialmente, para melhor compreensão do tema abordado, deve-se tecer o conceito do princípio da imparcialidade, que surge como um dos pilares do sistema acusatório. Segundo esse princípio, o juiz deve se manter distante da persecução penal, estando isento de qualquer relação com as partes e aos fatos da causa. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2011, p. 123), leciona que:

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do

que isso, exige uma posição de terzietà, um estar alheio aos interesses das partes na causa [...]

O Estado, nesse caso específico o juiz, deve se manter imparcial perante as partes, jamais tendo interesse em uma e desinteresse em relação à outra. Deve sempre buscar dar a cada caso uma decisão justa e livre de vícios de interesse.

Para garantir que essa imparcialidade esteja presente é necessário que o juiz seja independente, motivo pelo qual o magistrado possui benefícios como as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios, previstos no artigo 95 da Constituição. Com esses benefícios o juiz se sente livre para julgar de acordo com o seu livre consentimento, pois sabe que independentemente de sua decisão o seu cargo estará garantido e com os seus vencimentos.

Ademais, sobre a as garantias dadas aos magistrados, Paulo Rangel (2011, p.20) explica que:

As garantias constitucionais a que nos referimos (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) não pertence à pessoa física do juiz, mas sim à sociedade, que tem o direito de ver os conflitos de interesse de alta relevância social solucionados de forma justa e imparcial.

O princípio da imparcialidade é o meio para garantir a observância dos demais direitos previstos na legislação, sendo através dele que a jurisdição se dá de forma plena, sem a interferência de vontades de cunho pessoal, estando somente acompanhada de anseios legais.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1 O sistema inquisitório

O sistema inquisitório tem como principal característica a

acumulação das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa: o juiz. Essa característica se dá pelo fato de o juiz poder iniciar a persecução penal, investigando o caso, valendo as provas e posteriormente chegando a um entendimento sobre o fato ocorrido. Assim, restando claro a falta de imparcialidade do juiz diante do caso, conforme preceitua Aury Lopes Júnior (2011, p. 57):

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Outra característica é a falta do contraditório e da ampla defesa, o que torna o acusado mero objeto da investigação, como cita-se acima. O acusado não detém qualquer garantia, não existindo debates ou publicidade dos atos. O processo é regido pelo sigilo, longe dos olhos do povo, impossibilitando qualquer outra verdade se não a do juiz-inquisidor.

O magistrado utiliza-se de qualquer meio necessário para punir o acusado. Assim, o réu fica a mercê do inquisidor para fazer o que for necessário para comprovar as alegações feitas em seu desfavor, inclusive, na época em que foi criado este modelo processual, utilizava-se principalmente da tortura. Isso se dava em razão do sistema de prova tarifada adotada no modelo inquisitivo, onde cada prova era valorada com critérios anteriormente estabelecidos, tornando uma prova apta, por si só, para condenar o acusado.

O processo inquisitório baseou-se, sempre, na busca pela verdade real ou absoluta, devendo o juiz-inquisidor indagar a verdade por todos os meios possíveis, o que fundamenta o sigilo, e a ausência do contraditório e da ampla defesa.

3.2 O sistema acusatório

Como antítese ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório apresenta-se com o ideal de garantir os direitos fundamentais individuais do ser humano. Não é admitido que o acusado seja mero objeto de prova no processo, devendo figurar na posição de sujeito processual.

A principal característica do sistema acusatório é a separação das funções de acusar, julgar e defender em pessoas diferentes. Não existe o juiz-inquisidor ou investigador, não ficando concentrados no

magistrado os poderes de investigar e julgar o acusado. Há a ideia do juiz garantidor da legalidade investigatória.

Nesse âmbito, o Ministério Público é titular da ação penal, o juiz se restringe a julgar o caso de acordo com as provas a ele entregues. Consequentemente, preza-se pela imparcialidade do magistrado, mantendo seu equilíbrio por estar distante do conflito, somente adotando as providências necessárias.

Há que se ressaltar outra diferença entre o sistema inquisitório e o acusatório, que é a publicidade. No primeiro, os atos processuais são realizados em segredo para que não haja brecha para questionamentos. Como o sistema inquisitivo é fundamentado na busca da verdade real, a publicidade poderia colocar em dúvida as decisões dos juízes.

Já o sistema acusatório é regido pela publicidade dos atos processuais. Isto, “por um lado, decorre da necessidade da participação da sociedade na gestão das decisões judiciais e, por outro lado, possibilita ainda a fiscalização da atuação do Juiz e demais agentes responsáveis pela prestação da função jurisdicional” (PRADO *apud* FARIA, 2011, p. 27).

Afirma, ainda, Geraldo Prado (2001, p. 176) sobre a publicidade:

[...] por cujo meio podem os cidadãos controlar, adequadamente, o cumprimento das exigências de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal, ficando limitada a publicidade, sem perigo inaceitável para o sistema, somente nas situações pertinentes à preservação de outros direitos fundamentais, por meio da coordenação do exercício de tais direitos, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Seguindo a ideia de garantismo penal, ao contrário do modelo inquisitório, os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. “O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas” (RANGEL, 2011, p. 51). Ademais, Alexandre de Moraes (2005, p.93) preceitua a ampla defesa e o contraditório da seguinte maneira:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa opor-se-lhe ou

de dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Efetivamente, sobre o contraditório, ensina Fernando Capez (2010, p. 62-63) que:

[...] exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Nessa ótica, assumem especial relevo as fases da produção probatória e da valoração das provas. As partes tem o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional.

Então, podemos dizer que o sistema acusatório é totalmente voltado a manter as garantias fundamentais individuais e “que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*, isto é, não cabe nunca ao juiz ideal imiscuir-se, *sponte sua*, na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou da de acusar” (GOMES *apud* FARIA, 2011, p. 28).

3.3 O sistema processual brasileiro

Diante do exposto, cabe analisar qual seria o sistema processual adotado, para posteriormente analisar se seria possível ou não a produção de prova *ex officio* pelo juiz no processo penal.

Apesar de o Código Processual Penal de 1941 ter sido feito sobre um ideal autoritário e com características inquisitivas, a Constituição Federal de 1988 trouxe, abraçada consigo, o sistema acusatório. Dessa forma, alguns doutrinadores trazem até um terceiro sistema, o sistema misto, para se referir ao modelo processual penal brasileiro.

Tal sistema seria uma verdadeira mistura entre características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo, sendo dividido em duas fases. A primeira fase com características inquisitivas e a segunda com características acusatórias. Em síntese, Paulo Rangel (2011, p. 52) elucida essas fases da seguinte forma:

1ª) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente.

2ª) judicial: nesta fase, nasce a acusação pro-

priamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

No entanto, a caracterização do sistema processual brasileiro como sendo misto não é aceito por alguns doutrinadores. Eugênio Pacelli (2013, p. 13) preleciona que:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo, E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

Ademais, para outros doutrinadores, o sistema processual brasileiro é um sistema acusatório, mas que não se trata de um sistema puro, existem ainda resquícios do sistema inquisitivo. Nesse sentido são os ensinamentos de Paulo Rangel (2011, p. 54-55):

Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro e sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o ela estabelece, não haverá recepção, ou segundo alguns, estará revogada.

Em face ao exposto, verifica-se que o sistema processual brasileiro, por mais que a Constituição tenha adotado o sistema acusatório, ainda possui resquícios inquisitivos. Dessa forma, conclui-se em concordância com o ilustre doutrinador Paulo Rangel, que o sistema processual brasileiro é acusatório, mas que não é puro em sua essência.

4 A INICIATIVA PROBATÓRIA

Uma vez concluído qual é sistema processual brasileiro, cabe analisar se seria possível a produção de prova *ex officio* pelo magistrado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou claramente o sistema acusatório, o que deveria ocorrer seria uma adequação das leis nesse sentido, no entanto isso não parece ter

ocorrido no que tange a iniciativa probatória do magistrado.

A reforma do Código de Processo Penal, em 2008, modificou o artigo 156, que agora prevê a possibilidade de o juiz de ofício determinar, no curso da instrução ou, antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante e mais, até mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. Dessa forma, atuando o juiz de forma inquisitória no processo.

Porém, “a reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR)” (RANGEL, 2008, p. 461).

No sistema acusatório as funções de investigar, acusar e julgar são divididas entre órgãos diferentes para que o juiz seja imparcial ao julgar. Assim, a produção de provas por parte deste ofende diretamente o princípio da imparcialidade.

Ademais, sobre a imparcialidade, esclarece Aury Lopes Júnior (2011, p.176) que:

A imparcialidade do julgador decorre, não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória.

Dessa forma, não seria aceitável a ideia de um juiz imparcial que determina a realização de uma diligência. Se ele já se manifestou nesse sentido, já é nítida a sua imparcialidade, conforme o entendimento de Paulo Rangel (2008, p. 461):

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe prova no inquérito, mas não leva em consideração na hora de dar sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente isento.

Desta maneira, o juiz ao produzir prova estaria desigualando as forças produtoras de prova, ferindo também, os princípios do contraditório e da ampla defesa conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 326):

O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defe-

sa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

Ademais, para clarear essa ideia de violação ao contraditório, cabe mencionar os dizeres de André Faria (2011, p.124):

O princípio do contraditório, por sua vez, também fica diretamente comprometido, pois, ao se permitir que o juiz assuma a iniciativa probatória, cria-se uma situação em que o acusado deve se defender das investidas da acusação e também do juiz, de modo que a simétrica paridade exigida no procedimento torna-se inalcançável.

Assim, observa que o juiz estaria, ao produzir prova, enfraquecendo uma parte do processo e fortalecendo outra, além de estar pendendo para um lado, colocando sua imparcialidade em dúvida. Nesse sentido, é o entendimento de Geraldo Prado (2001, p 158):

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

Dessa forma, é evidente a característica inquisitória do juiz no mencionado artigo, tratando-se de um verdadeiro retrocesso que, de acordo com Eugênio Pacelli (2013, p. 334) “é também inaceitável”.

Pauta-se pela busca de uma suposta verdade real para dar poderes instrutórios ao magistrado, o que evidentemente retira dele a sua imparcialidade, afastando-se do acusado e se pendendo para o lado da acusação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a produção de prova *ex officio* pelo juiz no processo penal brasileiro é uma afronta a Constituição Federal de 1988. Não se pode falar em um juiz inquisidor diante do princípio acusatório adotado pela Carta Magna.

A produção de provas pelo magistrado retira deste a imparcialidade necessária para enfrentar e julgar o caso. E esta imparcialidade é imprescindível no sistema acusatório de processo.

Ademais, é uma afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Se a acusação não cumpre com a obrigação que lhe foi atribuída, qual seja, de produzir as provas necessárias a condenação do réu, não cabe ao juiz tomar o seu lugar, pois ao fazer isto estaria desigualando as forças entre acusação e defesa.

Por fim, há que se concluir que o artigo 156 do Código de Processo Penal é flagrantemente inconstitucional. A reforma de 2011 ao invés de adequar-se ao modelo processual constitucional, afastou-se do mesmo praticando um verdadeiro retrocesso.

REFERÊNCIAS

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, André. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.1.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOTA DE FIM

1 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva