

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FRANCIELLE SANTOS MARQUES

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO
DA IMPARCIALIDADE**

**CURITIBA
2014**

FRANCIELLE SANTOS MARQUES

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO
DA IMPARCIALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. João Vicente de Oliveira

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCIELLE SANTOS MARQUES

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO
DA IMPARCIALIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: João Vicente de Oliveira

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de maio de 2014.

Dedico aos meus pais, Celso e Adenir.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
INTRODUÇÃO	7
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	10
1.1 Sistema Acusatório	10
1.2 Sistema Inquisitório	11
1.3 Sistema Misto	12
1.4 Sistema Processual adotado pela legislação brasileira.....	13
2 PROVAS	15
2.1 Verdade.....	16
2.2 Ônus da Prova no Processo Penal	18
3 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ	21
3.1 Imparcialidade x Neutralidade – Diferenças	24
3.2 O Princípio da Imparcialidade no Direito Constitucional.....	25
3.3 O Princípio da Imparcialidade no Processo Penal	28
4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	32
4.1 A Compatibilidade dos Poderes Instrutórios com o Princípio da Imparcialidade.....	34
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS.....	42

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva fazer uma análise acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo penal e a sua compatibilização frente ao princípio da imparcialidade. Para tanto, procurou-se demonstrar que a participação ativa do juiz na construção de elementos probatórios, determinantes de seu pleno convencimento acerca dos fatos juridicamente relevantes para o processo, não é argumento suficientemente fundado para atingir a sua imparcialidade. A preocupação com a imparcialidade do julgador é bastante relevante, mas não pode ser um obstáculo para a aplicação dos poderes instrutórios conferidos pela legislação processual, haja vista que a determinação da realização de uma prova de ofício não é feita com o objetivo de prejudicar ou auxiliar a quem quer que seja. Ao contrário, revela um julgador comprometido com a entrega da prestação jurisdicional justa, correta.

Palavras-chave: poderes instrutórios; juiz; imparcialidade.

INTRODUÇÃO

Os desafios para a construção de um processo penal justo e democrático encontram suas raízes na Constituição Federal, de modo que não podem os estudiosos do processo desvincularem-se de suas diretrizes. Nessa perspectiva, o princípio da imparcialidade emerge como regra garantidora dos direitos assegurados constitucionalmente. Coloca-se que o juiz deve agir com impessoalidade, sem deixar que seus sentimentos e convicções pessoais interfiram no julgamento do processo e assim possa ser alcançado o escopo da justiça nas decisões.

Nesse contexto, parte da doutrina afirma que o juiz, como imparcial que é, deve apenas esperar que as partes tragam ao processo provas para confirmar o que dizem, não havendo que se falar em iniciativa probatória de sua parte, uma vez que o magistrado que busca provas de ofício não aparenta aos jurisdicionados a necessária posição de equidistância que lhe é exigida, passando a atuar em favor de uma das partes, o que violaria, no mínimo, o aspecto objetivo da imparcialidade.¹

Em contrapartida, há autores que sustentam que a vinculação da iniciativa probatória do juiz à perda de sua imparcialidade não é precisa, haja vista que o magistrado que empreende diligências necessárias ao deslinde da causa não conhece, de antemão, o resultado que a prova a ser produzida trará, nem tem como saber a qual das partes ela beneficiará. Ademais, o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 156, confere atividade probatória ao magistrado, possibilitando-o a realização de diligências, de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ao fim de que melhor forme sua convicção sobre os fatos e as consequências jurídicas discutidas no processo.²

É na confluência destas duas visões que se situa o presente trabalho, cujo enfoque de abordagem, cumpre consignar, cinge-se em demonstrar a compatibilidade entre a iniciativa probatória conferida ao magistrado e o princípio da imparcialidade que deve nortear toda a atuação judicial.

¹ Nesse sentido: Aury Lopes Junior, Jacinto Miranda Coutinho, Paulo Rangel e Geraldo Prado.

² Nesse sentido: Ada Pelegrini Grinover, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Guilherme de Souza Nucci.

A figura de um juiz estático não se amolda às necessidades atuais, tampouco se enquadra na perspectiva contemporânea do Estado Democrático de Direito. Não é possível conceber um juiz refém das partes, mero espectador judicial que deve aguardar a produção das provas para só então decidir, tendo, muitas vezes, que se contentar com a aplicação positivista do processo, sem poder se preocupar se a decisão se aproximou, ou não, do valor da justiça. Perquirir, investigar, buscar elementos de convicção não significa que o juiz substitui ou se sobrepõe à defesa ou acusação. Ao contrário, revela um julgador comprometido com o esclarecimento da verdade e que visa a prolatação de uma sentença justa.

Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?

A busca pela verdade, não mais dividida em formal e real, mas verdade judicial, deve ser considerada um meio para a obtenção da justiça. Nenhuma decisão pode ser considerada justa se estiver baseada em uma reconstrução incorreta ou insuficiente dos fatos. Logo, é possível avistar a conexão entre o direito à prova e a justiça das decisões.

Com efeito, o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal busca eliminar as insuficiências e dificuldades objetivas da atividade probatória, em nome da melhor reconstrução dos fatos e, por conseguinte, da justiça da decisão. Com isso, evita-se a aplicação acrítica e sistemática do ônus da prova como regra de julgamento.

Ora, se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a conseqüente pacificação social, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-la, pois somente assim a jurisdição terá cumprido a sua função social.

O objetivo deste trabalho, portanto, é colocar em discussão alguns pontos importantíssimos no Direito Processual Penal Brasileiro, no que tange à prestação jurisdicional do juiz, principalmente no que concerne à atividade probatória, tomada de decisão e a efetivação da justiça.

O método que será utilizado para o desenvolvimento deste trabalho será o dedutivo, por meio de uma pesquisa documental indireta, correspondente à análise bibliográfica, partindo-se de materiais já publicados sobre o tema, como artigos e livros.

A primeira parte do trabalho tratará dos sistemas processuais penais existentes, haja vista que possuem ligação direta com o modelo de julgador que conduzirá o processo.

O perigo de um julgamento injusto é que, conforme máxima forense “aquilo que não está nos autos não está no mundo para o julgador”, corre-se o risco de julgar mal por estar incompleta a prova colhida em primeira instância. Assim, o segundo capítulo versará sobre a prova no processo penal, a qual está intimamente relacionada com a justiça das decisões.

Feita essa abordagem, deve-se partir para o terceiro ponto, qual seja, o princípio da imparcialidade do juiz, o qual será analisado conceitualmente, bem como, diferenciado da neutralidade. É interessante verificar o princípio da imparcialidade em suas diversas previsões legais, nos tratados internacionais, na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Processo Penal.

Tratados com mais especificidade o papel do juiz no processo e o seu dever de imparcialidade, resta-nos compor o objetivo deste trabalho, qual seja analisar a compatibilidade dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado com o princípio da imparcialidade.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Marcos Alexandre Coelho Zilli define sistemas processuais penais como campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Vale dizer, consistem na reunião de diversos elementos pertinentes à persecução penal, relacionados a partir de um princípio reitor.³

Paulo Rangel, por sua vez, conceitua-os como conjuntos de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.⁴

No decorrer da história da humanidade, tem-se verificado a existência de três tipos de sistemas processuais penais: inquisitório, acusatório e misto. Cada um desses sistemas pode apresentar modelos variantes em determinados países ou momentos históricos.

Em ordens estatais democráticas é natural que vigore um procedimento penal em que o acusado seja tratado como sujeito de direitos, tendo asseguradas garantias contra qualquer arbítrio do Estado. Por outro lado, os modelos processuais vigentes em estruturas políticas totalitárias caracterizam-se pela supressão dos direitos e garantias individuais, restando ao réu a condição de mero objeto de investigação.⁵

Assim, o estudo dos lineamentos teóricos dos três sistemas revela-se de suma importância para a determinação da atuação instrutória do juiz criminal, razão pela qual serão analisados nos itens subsequentes.

1.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O modelo acusatório é o primeiro que aparece na história da justiça penal. Sua origem remonta à Grécia antiga, onde se desenvolve referendado pela participação direta do povo no julgamento. Vigorava o sistema de ação popular em que, nos delitos considerados públicos, era facultado ao ofendido ou a qualquer

³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

⁵ RANGEL, *op. cit.*, p. 48.

cidadão do povo convocar o Tribunal, a quem não cabia qualquer investigação de elementos de convicção, de maneira que competia exclusivamente às partes a prova de suas alegações.⁶

Hodiernamente, esse sistema tem por essência a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, as quais são atribuídas a pessoas distintas. O processo é formado pelas partes, acusação e defesa, que se contrapõem em igualdade de posições e ao juiz é dada a função de garante das regras do jogo, mero expectador passivo e desinteressado. Sob o ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória. O acusado é visto como sujeito de direitos, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito a produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva de um lado, sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer obrigação de colaborar com a descoberta da verdade. O processo é informado pelo contraditório e além das características da oralidade e publicidade, vigora o princípio da presunção de inocência, no qual o acusado permanece em liberdade até que seja proferida sentença condenatória em seu desfavor.⁷ O sistema de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, o juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo, devendo a sentença ser motivada com base nas provas carreadas aos autos.⁸

1.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório ou inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu após o acusatório privado e tinha como cerne a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse delegada aos particulares.⁹

⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47/48.

⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

⁹ RANGEL, *op. cit.*, p. 47.

Caracteriza-se pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa: o inquisidor. A partir daí, os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Em virtude desta centralização de poderes é que esse sistema esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas, como por exemplo nos Estados Absolutistas.¹⁰

Nesse tipo de modelo processual a dialética entre acusação e defesa é excluída, concentrando-se as funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz inquisidor, o qual detém toda a liberdade de investigação e colheita de provas (é ele, e não as partes, o responsável pela produção das provas). Nele, o acusado não é parte, mas mero objeto da investigação e, normalmente, permanecia preso durante o processo, já que era considerado culpado até que se provasse o contrário. Na busca da verdade real, frequentemente o acusado era torturado para que a confissão fosse alcançada. A confissão é a rainha das provas, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada vigente, nenhuma prova valia mais que a confissão. O procedimento é escrito, secreto e não há lugar para o contraditório nem para a ampla defesa. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador.¹¹

1.3 SISTEMA MISTO

A renovação intelectual propagada pelo iluminismo no século XVIII trouxe consigo críticas ao modelo processual até então vigente, notadamente em razão da desumanidade do procedimento adotado. No entanto, o ideal revolucionário esbarrou em tradições culturais inquisitórias arraigadas há séculos, de maneira que os diplomas legais revolucionários foram sucedidos por outros que mantiveram características próprias do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório, originando-se, assim, o sistema misto.¹²

¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47.

¹² ZILLI, *op. cit.*, p. 39.

Logo, como o próprio nome sugere, esse sistema surgiu da combinação entre as proposições acusatórias e inquisitórias, na tentativa de agrupar os aspectos mais destacados de ambas as teorias.

Para melhor compreensão, esse sistema pode ser dividido em duas fases processuais distintas: instrução preliminar e judicial. Na primeira fase, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto da investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do sistema inquisitivo. A investigação é levada, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. A fase judicial, por sua vez, é inerentemente acusatória, sendo inaugurada com a acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral público e contraditório, com plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa. O acusado, nesta fase, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência.¹³

1.4 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No âmbito da doutrina brasileira, existe grande divergência sobre qual o sistema processual penal é adotado em nosso país. Apesar de bastante detalhada, a Constituição Federal não declarou, explicitamente, sua opção por um dos sistemas processuais penais.

Muitos doutrinadores sustentam que é o acusatório o sistema que pode ser vislumbrado a partir da leitura da Carta Constitucional de 1988, ao se verificar uma série de regras que desenha referido sistema, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Dentre os renomados autores defensores de que o sistema brasileiro é o acusatório, destacam-se Tourinho Filho, Geraldo Prado e Eugênio Pacelli de Oliveira.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52.

Por outro lado, outros doutrinadores são defensores de que no Brasil vigora o sistema processual misto. Dentre eles, destacam-se Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, sendo que, nessa linha, Guilherme de Souza Nucci sustenta:

Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. Ora, se fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal.¹⁴

No que se refere à fase investigativa, Pacelli rebate a este argumento sustentando que a definição de sistema processual deve 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. Somente se a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo é que seria possível vislumbrar a contaminação do sistema, e, mais ainda, se ao mesmo juiz da fase da investigação se reservasse a função de julgamento, não sendo esse o caso brasileiro.¹⁵

Sem embargo dessa divergência conceitual entre o nosso sistema ser acusatório ou misto, a maioria dos nossos doutrinadores concorda que, embora a Constituição indique a adoção de um sistema acusatório, este não é puro em sua essência. A realidade prática do nosso sistema processual traz “resquícios e ranços do sistema inquisitivo”, dentre os quais destacam, quase que à unanimidade, a possibilidade de o juiz determinar diligências de ofício (artigo 156), decretar a prisão do acusado de ofício (artigo 311), ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (artigo 209), bem como se valer de elementos produzidos no inquérito policial, vale dizer, longe do contraditório para formar sua convicção.¹⁶

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 72-73.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 13-14.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53/54.

2 PROVAS

O processo penal, enquanto instrumento estatal para o legítimo exercício do poder punitivo, necessita verificar a correta ou falsa imputação de um fato definido como crime atribuído a alguém, segundo as regras do devido processo legal. É, pois, um instrumento de retrospectão, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.¹⁷

Para proferir a sua decisão, o juiz precisa conhecer o fato objeto do processo, e, para tanto, urge restaurá-lo nos autos, por meio de informações de testemunhas, documentos, perícias e outros elementos. A restauração tem o sentido de conduzir o julgador à época do local do fato, para senti-lo como se o estivesse presenciado e, assim, poder afirmar se o acusador tem ou não razão.¹⁸

Nesse contexto, a prova judiciária é apontada como meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Em outras palavras, a prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos imputados ao réu. O enunciado será considerado verdadeiro quando as provas fornecerem elementos que o confirmem.¹⁹

Com efeito, a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no tempo e no espaço.²⁰

Gustavo Henrique Badaró ensina que, tanto na linguagem comum como no campo do direito, a palavra prova possui mais de um significado. É comum indicar pelo menos três deles: i) atividade probatória; ii) meio de prova; iii) resultado probatório.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 325.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 420.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 261.

²⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 325.

Prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos.

A prova considerada como meio de prova é o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos probatórios, com os quais se pretende chegar ao mais próximo possível da realidade dos fatos. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial etc.

Finalmente, a prova pode ser identificada como resultado probatório, isto é, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. É nesse sentido, por exemplo, que o artigo 312 do Código de Processo Penal se refere à “prova da existência do crime”.²¹

2.1 VERDADE

Considerando que as provas destinam-se à reconstrução histórica dos acontecimentos, inúmeras são as conceituações que relacionam prova e verdade.

Gustavo Badaró observa, contudo, que atualmente tem-se consciência de que a verdade absoluta é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A verdade atingida no processo, nada mais é do que um elevado grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, o juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com o conjunto probatório, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é preferível entre as demais possíveis. Ou seja, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que seu conhecimento é verdadeiro.²²

Segundo Maria Elizabeth Queijo, a verdade humana sobre um fato é sempre relativa, porque é resultado das percepções, que são limitadas e falíveis. A verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. A verdade, que pode ser alcançada, vinculada à realidade das coisas, é a verdade relativa.²³

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

²² BADARÓ, *op. cit.*, p. 261.

²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci doutrina que jamais pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o ocorrido no plano real. Tem o magistrado, isto sim, uma crença segura na verdade que transparece por meio das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve.²⁴

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar (dentro dos autos) quem realmente praticou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.²⁵

Enquanto o processo civil aceita uma verdade obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (artigo 302 do CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (chamada de verdade formal, pois decorrente de presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Assim, ainda que não impugnados os fatos imputados ao acusado, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção das provas acerca da materialidade e autoria delitiva, falando-se, por isso, em uma verdade material.²⁶

Badaró esclarece, ainda, que a outrora tão propalada verdade real não mais existe, muito menos o atingimento de tal verdade é o fim último do processo penal. De qualquer forma, mesmo aceitando a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca pela verdade, vez que intimamente ligada com a justiça da decisão. O juiz deve procurar o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência, realizar a justiça no caso concreto.²⁷

No mesmo sentido, Pacelli doutrina que por mais difícil, improvável e imperfeita que seja a reconstrução do fato delituoso, constituiu-se em compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional, a qual deve construir uma verdade judicial (que pode ou não corresponder à realidade histórica), sobre a qual incidirão

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 332.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 262.

os efeitos da coisa julgada, cuja pretensão final é a estabilização das situações conflituosas, objeto da jurisdição penal.²⁸

Pode-se concluir, portanto, que se a descoberta da verdade é essencial ao processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, certamente não é o fim último do processo, mas um meio para a correta aplicação da lei penal.

2.2 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Como ensina Guilherme Nucci, o termo ônus provém do latim e significa carga, fardo ou peso. Assim o ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois este é uma obrigação, cujo descumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz visando fazê-lo acreditar na sua argumentação.²⁹

Para Badaró, ônus da prova é a faculdade de os sujeitos parciais produzirem as provas sobre as afirmações de fatos relevantes para o processo, cujo exercício poderá levá-los a obter uma posição de vantagem ou impedir que sofram um prejuízo.³⁰ Em outras palavras, para que obtenha resultado favorável, deverá o sujeito onerado praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização de tal conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito.³¹

Sobre o tema, Eugênio Pacelli explica que por qualquer ângulo que se analise, o nosso processo penal deve estar atento à exigência constitucional de inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. Afirmar que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal) implica, necessariamente, na transferência de todo ônus probatório ao órgão de acusação, ao qual caberá a prova da existência de um crime (materialidade), bem como de sua autoria.³²

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, p. 326.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 344.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 292.

³¹ NUCCI, *op. cit.*, p. 344.

³² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 333.

Assim, como regra, no processo penal o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo por meio da denúncia ou da queixa-crime. Nucci esclarece, ainda, que quando o réu alega, em seu benefício, algum fato diverso do que consta na denúncia ou queixa, que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, tem de assumir o ônus de provar, vez que o artigo 156, *caput*, 1ª parte, do Código de Processo Penal assevera que a “*prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”. Em outras palavras, à acusação entrega-se a prova dos fatos constitutivos e, ao réu, a prova de sua inocência, se alega fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. Salieta, entretanto, que mesmo que a defesa não se desincumba desse ônus probatório, o acusado não deve ser, por isto, condenado. Para tanto, é indispensável que a acusação faça prova dos fatos narrados na denúncia, isto é, se desincumba, satisfatoriamente, do ônus que lhe cabe.³³

O acusado também não será condenado, quando a defesa, embora não tenha provado os fatos que lhe cabiam, consegue gerar uma dúvida concreta e positiva sobre os acontecimentos descritos na peça acusatória. Isto ocorre porque o provimento judicial final deve sempre demonstrar um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. Logo, a dúvida acerca do acontecimento dos fatos é capaz de gerar a aplicação do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (*in dubio pro reo*).³⁴

Objetivamente, o ônus da prova diz respeito ao juiz, na formação do seu convencimento para decidir o feito, buscando atingir a certeza da materialidade e da autoria, de acordo com as provas produzidas. Caso permaneça em dúvida, segundo a lei processual penal e as garantias constitucionais do processo, o caminho é a absolvição. Trata-se, pois, de regra de julgamento que tem como destinatário o juiz, no momento de sentenciar. Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas.³⁵

Embora o direito à prova seja um direito das partes de influenciarem o convencimento do juiz, isso não significa que somente as partes têm iniciativa probatória. Isto porque, a produção de provas no processo deve ser entendida como

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 345.

³⁴ NUCCI, *loc. cit.*

³⁵ NUCCI, *loc. cit.*

direito de todas as partes envolvidas, ou seja, autor, réu e juiz. Com relação às partes será importante para que alcancem o objetivo do processo. Ao juiz, importará o alcance mais próximo da realidade dos fatos e a realização da justiça no caso concreto.

Assim, o ônus da prova não é absoluto. Existem duas atenuações importantes que fazem com que o não se desincumbir de tal encargo não gere, como consequência inexorável, o julgamento desfavorável: os poderes instrutórios do juiz e a regra da comunhão das provas, que dispõe que uma vez produzida a prova o juiz poderá valorá-la, independentemente da parte que a produziu.³⁶

Para compor o objetivo deste trabalho, interessa-nos um estudo mais aprofundado acerca dos poderes instrutórios do juiz, razão pela qual será este analisado em tópico próprio.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 293.

3 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A imparcialidade, no âmbito do Direito, não é de fácil determinação. Devido a esta dificuldade, a legislação, a doutrina e a jurisprudência preferem delimitar sua definição por meio de um conceito negativo, ou seja, são impostos limites à atuação do magistrado pelo impedimento e pela suspeição. No entanto, essa perspectiva negativista é um conceito muito restrito e insuficiente para demonstrar o direito fundamental ao juiz imparcial e também não é possível preencher a estrutura desta imparcialidade como ditame de um processo justo.³⁷

Um dos significados encontrados para a palavra “imparcial” é colocado como aquilo que não sacrifica a justiça ou a verdade a considerações particulares, ou como aquilo que não é parcial.³⁸ A parcialidade, por sua vez, é definida como aquilo que segue o partido de outro ou como parte de um todo. Parcial é aquele que é favorável a uma das partes, num litígio, numa disputa. É aquele que não julga com isenção, que é injusto, partidário, apaixonado.³⁹

Esta definição conduz a ideia da defesa de interesses egoísticos, por vezes irracionais. Sob esta ótica, a imparcialidade será colocada como uma conduta desinteressada, isenta, neutra, fechada para interesses que sejam estranhos aos fatos que são demonstrados na realidade envolvida.⁴⁰

De forma objetiva, sendo a parcialidade considerada como parte de um todo, a imparcialidade será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afetados pela própria ação. Isto quer dizer que o princípio da imparcialidade determina que a atuação do juiz se dê de forma objetiva, sem que as suas influências subjetivas o influenciem de forma pessoal e antijurídica. No entanto, o caráter atribuído pela imparcialidade será sempre subjetivo.⁴¹

Para definir a imparcialidade é importante distinguir se é uma regra ou um princípio. Miguel Reale define os princípios como verdades fundantes de um sistema

³⁷ SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

³⁸ LAUROSSE CULTURAL. Grande Enciclopédia. **Imparcial**. vol. 13. São Paulo: Nova Cultural. 1998. p. 3093.

³⁹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A Parcialidade dos Juizes**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 10.

⁴⁰ SOUZA, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹ SOUZA, *op. cit.*, p. 30 e 35.

de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa.⁴² Os princípios trazem à tona problemas de validade e de peso, ou seja, de importância, ponderação e validade, por sua vez, as regras estão apenas ligadas a problemática da validade.⁴³

Sendo assim, os princípios são determinações que devem tentar ser alcançados da forma mais efetiva possível pela sociedade e pelos aplicadores do Direito. São definidos como constituintes de critérios objetivos de interpretação e aplicação do direito, os quais são impostos como dever para o julgador, a fim de evitar que seus julgamentos sejam feitos de concepções meramente subjetivas.⁴⁴

Humberto Ávila define os princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”, por envolver uma análise da correspondência entre o estado das coisas e os efeitos decorrentes das condutas necessárias para a ascensão dos princípios estabelecidos.⁴⁵

Vale lembrar, ainda, que nenhum princípio apresenta-se com caráter absoluto, pois a hierarquia de valores ligados a lei da ponderação relativiza até mesmo princípios como o direito a vida e a dignidade da pessoa humana, pois depende da valoração feita diante do caso concreto.⁴⁶

As regras, por sua vez, tem caráter obrigatório, ou seja, deve-se cumprir exatamente como se está instituído em lei. São normas sempre descritivas que se voltam às pretensões de decidibilidade e abrangência, sendo que, para sua aplicação, deverá ser observado sua correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.⁴⁷

A imparcialidade no âmbito do direito processual no que tange às especificações do impedimento e da suspeição é, sem dúvidas, colocada como uma regra jurídica, cujo descumprimento gerará efeitos concretos no decorrer do processo. No entanto, no Direito Constitucional a imparcialidade é vista como uma

⁴² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva. 25. ed. 2001, p. 285.

⁴³ SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 53.

⁴⁴ SOUZA, *loc. cit.*,

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

⁴⁶ REALE, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁷ ÁVILA, *op. cit.*, p. 70.

característica essencial da atividade jurisdicional e, portanto, apresenta característica de um princípio constitucional fundamental.⁴⁸

Ao esmiuçar o princípio da imparcialidade, deve-se voltar também ao juiz. Primeiramente, o juiz surgiu como imposição do Estado quando encerrou ao cidadão o direito à justiça privada, sendo assim, foi instituído o juiz como um terceiro imparcial e independente para resolver conflitos. Calamandrei define que o “Juiz é o direito tornado homem”, sendo que, é apenas deste homem que se pode ter proteção efetiva nos termos da lei como abstração.⁴⁹ Portanto, é o juiz quem irá concretizar o texto legal, ou seja, subsumi-lo ao caso que lhe for apresentado, é ele quem terá o controle na condução do processo, sendo responsável pelo seu impulso, direção e a garantia de que chegue a um termo rápido e seguro.

Para Jhering, será um juiz verdadeiro aquele que não individualiza os sujeitos da relação processual, apenas os concebendo de forma externa sem observar os indivíduos que ocultam. Coloca a missão do juiz como a elevação da questão à abstração prevista na lei. Acrescenta, por fim, que a maneira de livrar o juiz da imparcialidade é o juramento prestado quando assume o cargo, pois irá respeitá-lo seja pelo receio das consequências que a lei atribui à violação do dever profissional, ou por qualquer outra convicção pessoal.⁵⁰

O caráter da imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente.⁵¹ Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso o juiz, seja imparcial, isto é, não parte.⁵²

Como será o juiz quem deverá refletir a imparcialidade dentro do processo a fim de garantir a justiça, é interessante mencionar o que Rui Portanova, ao iniciar seu estudo sobre o princípio da imparcialidade, descreve como um simbolismo fortemente presente na seara jurídica com relação a este princípio:

⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva. 25. ed. 2001, p. 55.

⁴⁹ CALAMANDREI *apud* PINTO, Almir Pazzianotto. **A Sentença e o Juiz**. Brasília: Consulex, 2010, p. 34.

⁵⁰ JHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Salvador: Progresso, 1956, p. 308.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2013, p. 61.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 7.

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver desigualdades e igualá-las.⁵³

Por todo o exposto, já se pode perceber a grande dificuldade da definição e da compreensão do real sentido do princípio da imparcialidade do juiz no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, para trazer mais clareza ao trabalho tentar-se-á trabalhar este princípio no âmbito constitucional e processual.

3.1 IMPARCIALIDADE X NEUTRALIDADE – DIFERENÇAS

Após terem sido feitos esses apontamentos iniciais, é importante sanar confusões existentes entre este princípio e a neutralidade. Isto porque, muitas vezes essas palavras são utilizadas como sinônimos, basta fazer uma pesquisa nos mais variados dicionários de língua portuguesa. Entretanto, é evidente que os dois termos apresentam acepções diferenciadas.

A neutralidade, para Rodolfo Pamplona Junior, é colocada como “o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpante”.⁵⁴ Justifica essa afirmação por entender que a compreensão humana requer sempre uma escolha, e, ao fazer uma escolha, perde-se a neutralidade.

Para Portanova, a neutralidade é dado subjetivo que liga o *juiz-cidadão-social* e sua visão geral de mundo, no concerto da comunidade e da ciência. Deste modo, a imparcialidade busca destacar o juiz do comprometimento com a parte, ou seja, provêm de uma atitude omissiva, já a neutralidade, ao contrário, leva o comportamento comprometido (atitude comissiva).⁵⁵

Badaró explica que existem diferenças, frutos da história de vida, das concepções políticas do contexto social e histórico em que vive cada magistrado, que irão refletir na forma como interpretam a lei. Nem mesmo uma neutralidade

⁵³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79.

⁵⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. *SEPED*. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=24925>>. Acesso em: 22 de abril de 2014.

⁵⁵ PORTANOVA, *op. cit.*, p. 78.

política dos juízes pode ser sustentada atualmente, ademais de irrealizável. Isto porque o juiz não consegue ser neutro e indiferente ao mundo dos valores.⁵⁶

Nesta mesma linha, Nery Junior destaca que o direito de ser julgado por um juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei engloba a universalidade das pessoas, no entanto, não se tem como exigir a neutralidade do juiz, enquanto ser humano, vez que é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. Sendo que, o que se espera é que o juiz seja neutro em relação as partes do processo e não com relação as teses que lhes serão apresentadas no decorrer do processo.⁵⁷

Conclui-se, assim, que a neutralidade é vista no Direito como impossível de acontecer, pois para ser neutro deve-se estar desvinculado de tudo, comparando-se a física, deve ser ao mesmo tempo positivo e negativo. No entanto, a própria decisão do julgador ser neutro, macula sua neutralidade porque fez uma escolha, e fazer uma opção já pende o julgador em uma posição.

3.2 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é apresentado um artigo que defina com clareza o princípio da imparcialidade do juiz, mas apresenta nas várias áreas do Direito – processo penal, civil, trabalhista, entre outras – a garantia a todos que os processos sejam conduzidos e julgados por juízes que não expressem seus sentimentos e interesses nas decisões, assim, assegurando a imparcialidade.⁵⁸

Trata-se, em verdade, de garantia constitucional implícita.⁵⁹ Aliás, tendo como base o artigo 5º, § 2º⁶⁰ da Constituição, vê-se que fica em aberto a possibilidade do enquadramento de outros princípios que não contêm

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 8.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 95.

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 7.

⁶⁰ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

expressamente no texto constitucional, mas que tem aplicação prática e/ou previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Nestes termos, podemos mencionar dois dos tratados que o Brasil é signatário e que contêm expressamente em seu texto a garantia ao juiz imparcial. Primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Artigo X dispõe que: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. Concomitantemente, o artigo 8º, número 1 do Pacto de San José da Costa Rica prescreve como garantia judicial a toda e qualquer pessoa a ser ouvido por um juiz ou Tribunal que tenha competência e imparcialidade preestabelecidos em lei, seja na seara criminal, civil, trabalhista, fiscal, entre outras.⁶¹

Também neste sentido, o juiz está incumbido de exercer atividade estatal no papel do próprio Estado. Isto porque, a forma de governo adotada no Brasil é a democrática, a qual preza pela garantia fundamental da igualdade. Para evitar qualquer forma de prejuízo às partes, o sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais vêm prevenir qualquer excesso praticado pelo julgador. Esta medida é colocada como necessidade imperiosa, pois mantém relação direta com o princípio do acesso à justiça e da isonomia.⁶²

Desta forma, pode-se afirmar que “o direito constitucional a *um processo público e com todas as garantias* representa, na realidade, um entroncamento entre o direito fundamental ao juiz natural, à igualdade das partes, ao contraditório e à *imparcialidade do juiz*”.⁶³

A imparcialidade pode apresentar duas características, como direito fundamental e como princípio geral constitucional informativo do Poder Judiciário. É considerado como princípio por apresentar caráter estruturante e fundamental do ordenamento jurídico, é geral por transcender os preceitos jurídicos individualizados; e, é de direito porque tem aplicação prática no mundo jurídico “e não é critério ou

⁶¹ Art. 8, n.º 1 do Pacto de San José da Costa Rica: “Garantias judiciais: toda pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁶² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 50.

⁶³ SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58.

regra moral ou de bom comportamento, não obstante também nessas esferas de relações humanas deva ser levado em consideração”.⁶⁴

Com relação a compreensão da imparcialidade como princípio estruturante do Poder Judiciário pode-se dar de duas maneiras distintas conforme compreensão de Artur César de Souza: a primeira é caracterizada por sua vertente negativista, pois exige um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação a parcialidade negativa, isto é, aquela prevista na legislação brasileira atual; e, a segunda tem caráter positivo e exige que o juiz “diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças”.⁶⁵

Como a legislação processual apresenta uma característica negativista, tanto na Constituição Federal, quanto nos Códigos de Processo, seja penal ou civil, estão dispostas condutas que o juiz não pode se enquadrar sob pena de ser-lhe aplicadas as regras concernentes ao impedimento e a suspeição.

Vale ressaltar que o sistema constitucional possui garantias próprias do processo que o torna instrumento de justiça e efetivação de direitos. Nesta linha, o artigo 95 da Constituição da República⁶⁶, vem trazer maneiras de garantir à atividade do juiz para evitar que se desvincule de sua obrigação assumida com a sua profissão e seu juramento. Essas prerrogativas reconhecidas aos magistrados são, portanto, formas de viabilizar o exercício pleno de suas funções processuais.

No entanto, como bem salienta Almir Pazzianotto Pinto, jurista brasileiro de grande experiência, a posição de juiz engloba muito mais do que ser beneficiário das

⁶⁴ SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

⁶⁵ SOUZA, *loc. cit.*

⁶⁶ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração

prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios, e gozar de poder para desempenhar a jurisdição, deve-se se ater aos deveres que lhes são impostos, principalmente no momento da prolação da sentença.⁶⁷

3.3 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

Paulo Rangel, ao iniciar sua análise acerca do princípio da imparcialidade, doutrina que na relação jurídico-processual penal são três os sujeitos processuais: juiz, acusador (Ministério Público ou o ofendido) e réu (sujeito ativo do fato, em tese, definido como infração penal). Porém, na medida em que o Estado chamou para si a tarefa de administrar a justiça, impedindo 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 pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair da sua posição *supra parte*.⁶⁸

O autor não adota a imparcialidade como um princípio metodológico do processo penal, mas como uma característica inerente ao exercício da jurisdição. Juiz imparcial pressupõe independência, esta, por sua vez, pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que não sofrerá coações políticas ou funcionais no exercício de suas funções. A imparcialidade, portanto, tem o escopo de afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, haja vista que o compromisso da verdade, dando a cada um o que lhe é devido, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.⁶⁹

Para Marcos Alexandre Coelho Zilli, a imparcialidade caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.⁷⁰

Grinover coloca a imparcialidade como um caráter inseparável do órgão da jurisdição. Assim, com primeira condição para que o juiz atue dentro do processo é

⁶⁷ PINTO, Almir Pazzianotto. **A Sentença e o Juiz**. Brasília: Consulex, 2010, p. 41.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

⁶⁹ RANGEL, *loc. cit.*,

⁷⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

que ele deverá ser colocado entre e acima das partes, sendo nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A jurisdição deverá ser colocada fora de influências estranhas a fim de garantir a justiça distributiva, sendo que somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução das lides.⁷¹

Para Aury Lopes Junior, a imparcialidade corresponde à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão alheio aos interesses das partes ativa e passiva.⁷²

O Código de Ética da Magistratura Nacional coloca em seu artigo 1º como princípios norteadores desta profissão a independência, a imparcialidade, a transparência, o segredo profissional, a prudência, a diligência, integridade profissional e pessoal, a dignidade, a honra e o decoro. Com relação a imparcialidade, em seu artigo 8º define ser um magistrado imparcial aquele que “busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.⁷³

Badaró faz ainda uma distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva:

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito.⁷⁴

Nas situações concretas são mais comuns os casos de comprometimento do aspecto objetivo da imparcialidade. A imparcialidade do juiz resta evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento.⁷⁵

Segundo a teoria da aparência geral da imparcialidade, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, mas é necessário também que a sociedade acredite que o

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2013, p. 21/22.

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 131.

⁷³ PORTAL CNJ. **Código de Ética da Magistratura**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em 12 de maio de 2014.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 8.

⁷⁵ BADARÓ, *op. cit.*, p. 9.

juízo se deu perante um juiz imparcial. Um julgamento que toda a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes. Consequentemente, tão importante quanto o juiz ser imparcial, é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque ao acusado não foi assegurado um julgamento imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao poder judiciário. A sociedade não verá em tal sentença, pouco importando se absolutória ou condenatória, uma decisão justa.⁷⁶

O Código de Processo Penal prevê instrumentos para garantir o princípio da imparcialidade, por isso nos artigos 252 e 254 são impostos as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz.

Primeiramente, no artigo 252⁷⁷ estão arrolados os casos de impedimento, ou seja, estão dispostas as hipóteses em que o juiz ficará impossibilitado do exercício jurisdicional, pois é presumível, diante dos fatos objetivamente constatáveis, que tenha interesse no litígio. Os impedimentos são formas de incompatibilidade entre certas situações ou estados e a função de julgar. A sua infração implica em inexistência dos atos praticados.⁷⁸

Por sua vez, o art. 254⁷⁹, o Código de Processo Penal ocupa-se dos casos de suspeição, a qual é considerada causa de parcialidade do juiz, viciando o processo caso haja sua atuação. Pode dar-se pelo vínculo estabelecido entre o juiz

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 10

⁷⁷ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

- I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 547.

⁷⁹ Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

- I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito. Note-se que não se trata de vínculo entre o magistrado e o objeto do litígio – o que é causa de impedimento – mas de mero interesse entre o julgador e a matéria em debate.⁸⁰

Com efeito, após esse breve estudo, pode-se concluir que o entendimento atual sobre a imparcialidade condiz com a atuação do juiz no processo de forma desvinculada e desinteressada com relação as partes, sendo-lhe importante a apreciação das provas trazidas nos autos e a aplicação da lei, em sentido abstrato, de forma concreta no caso sob análise. Além do mais, conforme determinado pelo Código da Magistratura Nacional o juiz deverá tratar as partes de forma igualitária, sem preconceitos e favorecimentos a qualquer uma das partes.

Com esse conceito de imparcialidade definido, pode-se entrar na questão da efetivação da justiça, tarefa esta incumbida ao juiz.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 547.

4 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Em um sistema em que somente as partes possam produzir provas, sendo o juiz absolutamente inerte, o não se desincumbir do encargo de provar acarreta, necessariamente, a derrota processual. Todavia, nos sistemas em que o magistrado possui poderes instrutórios, ainda que de forma subsidiária, o ônus da prova sofre uma atenuação. Isto porque, mesmo que a parte não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque o juiz acabou determinando a produção de uma prova que demonstrou um fato favorável à parte que se omitiu em prová-lo. Por exemplo, mesmo que o Ministério Público não tenha produzido prova suficiente da autoria, é possível que o juiz determine a produção de uma prova de ofício, que demonstre que o acusado cometeu o crime.⁸¹

No Processo Penal Brasileiro o fundamento legal para a admissão dos poderes instrutórios do juiz encontra-se no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, que assim estabelece: "*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*"⁸²

Nesse mesmo sentido, apresenta-se o artigo 209, também do Código de Processo Penal, ao estatuir que: "*o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.*"

Também o artigo 234 dispõe que: "*se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou defesa, providenciará, independente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.*"

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 293.

⁸² Importante anotar-se que não se deve confundir os poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação, previsto no inciso I, do artigo 156 do Código de Processo Penal. A questão que envolve a possibilidade de colheita de elementos probatórios durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial que trata o presente trabalho. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante na ação penal de iniciativa privada). (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 2005, p. 21).

Ademais, o propósito do legislador de 1941 ao estabelecer os artigos acima transcritos, se mostra claro na Exposição de Motivos do referido Código, na parte em que trata da matéria probatória, *in verbis*:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. [...] Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* [...].

Costuma a doutrina sustentar que os poderes do juiz na produção de provas serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em discussão no processo. Se indisponível, deverá ele orientar-se no sentido de determinar a produção de provas que entenda necessária; se disponível, pouquíssimos serão os poderes instrutórios do juiz. Por essa razão, jamais se negou a possibilidade de haver investigação oficial no processo penal.

Nessa esteira, Benedito Roberto Garcia Pozzer, citado por Guilherme de Souza Nucci, explica que no processo penal, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a realidade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes, ao contrário, deve buscar incansavelmente a verdade dos fatos, encontrando limites somente na moral e legalidade das provas.⁸³

Ao discutir sobre o assunto, Bedaque sustenta que o problema não é a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a interesse seu e, conseqüentemente, da sociedade. Isto ocorre porque não só as partes (acusação e defesa) tem interesse no resultado do processo. Tal resultado interessa muito mais ao Estado que, para tornar possível a convivência das pessoas em sociedade, tem que manter a integridade do ordenamento jurídico por ele criado.⁸⁴

No mesmo sentido, Pacelli doutrina que o juiz inerte, como é a regra no denominado sistema de partes do direito norte americano, encontra fundamentação

⁸³ POZZER, Benedito Roberto Garcia *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 51.

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com a nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém por insuficiência defensiva, reputada, a princípio, igual à atividade acusatória. Igualdade processual, abstrata ou concreta, justifica um processo de partes exclusivamente em matéria não penal, no bojo do qual se discute a titularidade de direitos subjetivos. Em processo penal, jamais.⁸⁵

Em verdade, a atividade probatória cabe, primordialmente, às partes. Entretanto, se o juiz vislumbrar alguma prova relevante por elas não explorada - *máxime* na ação penal pública, que é obrigatória e indisponível ao Estado - deve ter a possibilidade de, modo supletivo e fundamentado, trazê-la ao processo para que seja submetida ao contraditório e valorada em sentença, visto que a sua missão no processo penal é, na medida do possível e dentro da legalidade, absolver o inculpado e condenar o culpado, pois, ao juiz, como órgão do Estado, interessa que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão.⁸⁶

Tudo aconselha, portanto, que também o juiz se comporte ativamente, buscando esclarecer por completo a situação de direito material, ao fim de possibilitar que sua decisão se dê conforme o direito, haja vista que quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento jurisdicional justo, que expresse perfeitamente a correta aplicação da lei penal.

4.1 A COMPATIBILIDADE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS COM O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Entre os argumentos utilizados pela doutrina que se posiciona contra a iniciativa do juiz na colheita de provas, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes.

Os adeptos dessa linha de raciocínio sustentam que processo ideal é aquele conduzido somente pelas partes, especialmente no que tange à colheita de provas,

⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 13-15.

⁸⁶ MARTINS, Charles Machado. **A Reforma e o Poder Instrutório do Juiz. Será que somos medievais?** Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/charlessemi.pdf>> acesso em 09.05.2014.

uma vez que o magistrado que busca provas de ofício não aparenta aos jurisdicionados a necessária posição de equidistância que lhe é exigida, e, se assim o fizer, agirá como um juiz acusador comprometendo a sua imparcialidade, já que, havendo dúvida sobre a ocorrência dos fatos, diante do material probatório produzido pelas partes, deve simplesmente absolver o réu, seguindo o princípio *in dubio pro reo*.⁸⁷ Nesta trilha, Paulo Rangel apregoa que:

O juiz, na sistemática processual moderna, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, a fim de não prejudicar o seu livre convencimento, pois, no sistema de provas adotado pelo Código de Processo Penal vigente, toda imposição da lei ao juiz, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade.⁸⁸

Da mesma forma, Aury Lopes Junior assinala:

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos pré-juízos que o julgador faz.⁸⁹

O ilustre processualista Eugênio Pacelli apesar de admitir a possibilidade de o juiz determinar prova de ofício, atribui essa atividade algumas restrições ao fim de se preservar a imparcialidade no que se refere à atuação concreta do juiz no processo. Para o referido autor, é possível construir uma linha divisória entre o que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal. Esta última se faz presente quando o magistrado empreende atividade probatória de iniciativa da acusação, revelando-se substitutiva ou supletiva daquela que a lei impõe como ônus processual ao Ministério Público.⁹⁰ Exemplifica:

O art. 564, III, *b*, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção da prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção.⁹¹

⁸⁷ Nesse sentido, Aury Lopes Júnior, Fernando da Costa Tourinho Filho e Geraldo Prado.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 80.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 336.

⁹¹ OLIVEIRA, *loc. cit.*

Por outro lado, admite a requisição de ofício pelo juiz das provas não requeridas pela defesa, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu, sob o argumento de que o Estado, no processo penal, atua em posição de superioridade de forças. De igual modo, admite a atividade oficial quando se destina unicamente a resolver dúvida sobre ponto relevante. No plano probatório, esta ocorre a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o não produzido.⁹²

Gustavo Badaró adota o meio termo ao afirmar que pode o magistrado ter poderes para, em caráter subsidiário ou complementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acertamento do fato imputado. Sustenta que esse poder instrutório do juiz não representa perigo à sua imparcialidade quando determina a produção de meios de prova, isto é, prova de cuja existência já tenha conhecimento, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente, o testemunho. Ao contrário, a imparcialidade corre perigo quando o julgador é um buscador de fontes de prova (atividade propriamente investigativa).⁹³

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover, ao abordar a alegação de que a iniciativa probatória do juiz compromete sua imparcialidade, obtempera que ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para o seu convencimento ou se existe a necessidade de se produzirem outras. Assim, se o juiz entender insuficiente as provas trazidas pelas partes, deverá determinar a produção de outras, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Inclusive as regras concernentes à preclusão não podem obstar o poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça, o que só ocorrerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.⁹⁴

Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para o juiz, não

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013, p. 336.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 49.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 2005. p. 19.

deve importar quem saia “vitorioso”, acusação ou defesa. Fundamental deve ser a correta aplicação da lei penal, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.⁹⁵

Sobre o assunto, esclarecedora é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.⁹⁶

Nessa esteira, Nucci exemplifica:

Imagine que o réu narre, em seu interrogatório, ter viajado no dia do crime para o exterior. Ainda que a defesa, por esquecimento ou falha, não produza prova nesse sentido, é preciso que o magistrado, em busca da verdade real, requisite informação, por ofício, à companhia aérea a fim de verificar a veracidade do afirmado pelo acusado. A solução desse ponto poderá beneficiar tanto a defesa, quanto a acusação, confirmando ou desmontando o álibi oferecido.⁹⁷

Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar quem tem razão, não há nisso infração ao dever de imparcialidade, mas o adequado cumprimento da função jurisdicional. A imparcialidade se concretiza pela concessão de iguais oportunidades às partes e a consideração mais isenta possível de seus argumentos – e cessa aí.⁹⁸

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador na condução do processo, principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. Essa

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 2005. p.19/20.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 346.

⁹⁸ TALAMINI, Eduardo *apud* BEDAQUE, *op. cit.*, p.118.

mentalidade necessita ser alterada a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual.⁹⁹

O fato de estarem em jogo direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro, deve fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade. Não deve ter preocupação de beneficiar, com isso, acusação ou defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. A imparcialidade não será maculada quando o magistrado se limita ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução se faz mediante as provas colhidas nos autos, sendo irrelevante quem as produziu, importando apenas que o provimento jurisdicional não sofra a influência de outros elementos.¹⁰⁰

Com efeito, não parece haver risco para a imparcialidade a produção de prova pelo magistrado, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos juridicamente relevantes para o processo, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo.¹⁰¹

Bedaque sugere, com razão, que a melhor forma de preservar a imparcialidade do magistrado, em tais casos, é submeter as provas que vieram aos autos por iniciativa oficial ao contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, a motivação das decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de foro íntimo, tentar beneficiar uma das partes.¹⁰²

Da mesma forma, Ada Pellegrini Grinover doutrina que a melhor maneira de se preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório. Além disso, a obrigação da motivação das decisões judiciais constitui-se em outra baliza contendora da iniciativa oficial, haja vista que tanto no momento de determinar a produção de uma prova, quanto no momento de

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 121.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 346.

¹⁰¹ BEDAQUE, *op.cit.*, p. 24.

¹⁰² BEDAQUE, *op. cit.*, p.119.

valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada, sendo que a ausência desta acarreta a invalidade da prova. Por último, tanto o juiz quanto as partes, encontram limite na atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.¹⁰³

Os limites impostos à concessão de poderes instrutórios ao juiz impede que a arbitragem se transforme em arbitrariedade, a discricionariedade em despotismo e o ativismo em autoritarismo.

Com efeito, se o juiz verifica que, por qualquer motivo, provas importantes e necessárias ao esclarecimento dos fatos, não foram produzidas, deve, de ofício, determinar sua produção. Com isso não estará beneficiando qualquer das partes, comprometendo sua imparcialidade ou agindo supletivamente à defesa ou acusação, mas proporcionando um real equilíbrio entre elas.

Ora, não se pode aceitar que, em razão de falha na atividade probatória, chegue-se a uma decisão injusta, que não corresponda com a realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional. Somente assim a efetiva paz social poderá ser alcançada. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividade probatória quando imprescindível à correta apuração dos fatos.¹⁰⁴

Aderir a posição daqueles que não admitem qualquer atividade probatória por parte do juiz, corresponde admitir que a falha de uma das partes na produção de determinada prova, possa proporcionar a condenação de um inocente ou a inocência de um culpado, por profundo apego a dogmas ultrapassados.

Dessa maneira, procura-se romper com a ideia de que o processo é um jogo, ganho pelo litigante mais forte ou melhor assessorado, em prejuízo da justa aplicação do direito. Ao contrário, procura-se resgatar o compromisso social do Estado Democrático de Direito, confiando à jurisdição a missão de reparar as desigualdades pelo aplicação de princípios e regras jurídicos que estejam em conformidade com os critérios de justiça presentes na Constituição.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 2005. p. 20.

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

CONCLUSÃO

É certo que o moderno processo penal tem por fim último a pacificação social, a qual é alcançada por intermédio de decisões justas e legítimas que reafirmem a validade do ordenamento jurídico. Para a consecução desse desiderato, o juiz não deve ser medroso a ponto de achar que tudo que disser e fizer pode afastar a sua qualidade de imparcial; não pode aceitar, por submissão a dogmas, a incorreta aplicação do direito se tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para o resultado justo do processo. A preocupação com a imparcialidade do julgador é bastante relevante, visto ser impossível se fazer justiça com um juiz tendencioso, mas esta preocupação não pode, de maneira nenhuma, limitar a postura ativa do julgador na produção de provas.

Evidentemente, esse trabalho não teve a pretensão de esgotar a discussão que propõe, dada sua extensão e complexidade. Procurou-se apenas demonstrar que a iniciativa probatória conferida ao magistrado, desde que se preserve o contraditório efetivo, não apresenta risco para a imparcialidade do julgador e, portanto, não é incompatível com o devido processo legal.

Ora, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e até mesmo a honra, que podem ser afetados por uma condenação criminal e, uma vez admitida a impossibilidade e certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos devem esgotar-se os mecanismos aptos a proporcioná-la. Com isso, aumenta a probabilidade de o resultado ser justo.

Por esta razão, não pode o magistrado limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinar sua produção, sempre que isso se mostre necessário. Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução, bastando que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre as partes.

O processo não é jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento para a realização da justiça no caso concreto. Além do mais, se a prova tem o objetivo de convencer o juiz sobre a existência ou não de um fato, a proibição da atividade por parte do juiz contraria os princípios da lógica.

Assim, o poder instrutório conferido ao magistrado existe para assegurar a tranquilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa das partes não for suficiente para o seu convencimento. Em outras palavras, o juiz deve procurar o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência, realizar a justiça no caso concreto.

E claro que não deve o magistrado ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposto às partes. Porém, a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, simples fiscal incumbido de vigiar o comportamento das partes para assegurar observância das “regras do jogo”, mas sim posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade. O caso concreto é que vai ditar a atuação do juiz na produção de alguma prova de ofício, respeitando sempre o contraditório e a igualdade das partes.

Dúvida não resta, pois, que um juiz participativo, interessado e atuante quanto à determinação da prova, mas submetido às restrições ditadas pelas garantias das partes no processo, especialmente à ampla defesa e o contraditório, é perfeitamente compatível com o modelo processual democrático e seguro a que todos aspiram. Isto porque, os fins públicos buscados pelo processo, enquanto instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses das partes (acusação e defesa) na solução da demanda.

Com efeito, pode-se afirmar que a necessidade de cumprimento do fim social do processo impõe ao juiz papel ativo na produção da prova na busca da verdade processual, haja vista que a tutela jurisdicional alcançada será tão mais justa quanto maior correspondência houver entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial.

Somente assim serão atendidas as expectativas em jogo quando da concreta aplicação penal: a preservação dos direitos e garantias fundamentais do acusado; a vítima, que almeja uma resposta estatal efetiva à agressão sofrida; bem como a própria credibilidade na efetividade do Direito Penal, diante do anseio de todos por uma sociedade mais justa e segura.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A Parcialidade dos Juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Malheiros. 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

JHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Salvador: Progresso, 1956.

LAUROSSE CULTURAL. Grande Enciclopédia. **Imparcial**. vol. 13. São Paulo: Nova Cultural. 1998.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

MARTINS, Charles Machado. **A Reforma e o Poder Instrutório do Juiz. Será que somos medievais?** Disponível em <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>>

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social.** *SEPED.* Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=24925>>.

PINTO, Almir Pazzianotto. **A Sentença e o Juiz.** Brasília: Consulex, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTAL CNJ. **Código de Ética da Magistratura.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir provas contra si mesmo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013,

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva. 25. ed. 2001.

SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de Processo Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.