

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-489-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É de Muñoz Conde a lição segundo a qual, enquanto existir Direito Penal – e nas atuais condições deve-se ponderar que ele existirá por muito tempo –, deve existir também sempre alguém disposto a estudá-lo e analisá-lo racionalmente, de forma a convertê-lo em instrumento de mudança e progresso rumo a uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, para tanto, além das contradições que lhes são ínsitas, as contradições do sistema econômico que o condiciona.

Nesse sentido, os artigos aqui reunidos, apresentados no decorrer do V Encontro Virtual do CONPEDI, no âmbito do GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, no dia 18 de junho de 2022, apresentam-se como contribuições valiosíssimas para todos e todas que se ocupam do estudo crítico das Ciências Criminais.

O artigo “O JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: APORTES DO MODELO PROCESSUAL CHILENO”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Fernanda Malta Pereira, aborda a implantação do juiz de garantias no Código de Processo Penal brasileiro como elemento indispensável à imparcialidade do juiz no processo penal, já que preserva a cognição do magistrado destinado à sentença na fase de instrução.

Felipe Godoy Franco, no texto intitulado “A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E CVM NO CÁLCULO DA PENA DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS” analisa se, e de que forma, os parâmetros previstos em normas que orientam a atuação do Bacen e da CVM podem ser utilizados no cálculo da pena dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, especificamente quanto à interpretação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

“A TESE DA DUPLA INIMPUTABILIDADE E A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI”, de Isabela Furlan Rigolin e Alexander Rodrigues de Castro, aborda os fundamentos e a viabilidade legal da

tese mencionada no título do trabalho, salientando que ela aparenta ter aparato legal bem fundado e ser uma opção razoável para a solução do problema que a origina.

No artigo intitulado “ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA AO CONSTITUCIONALISMO”, Isadora Ribeiro Corrêa, Luiz Fernando Kazmierczak e Edinilson Donisete Machado promovem uma reflexão sobre perspectivas teóricas das correntes neoconstitucionalista e garantista, destacando que o garantismo pode ser considerado uma crítica ao neoconstitucionalismo, quando se opõe aos seus procedimentos e propõe um constitucionalismo garantista.

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, no artigo “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PENITENCIÁRIAS: O CASO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO PÚBLICO-PRIVADO EM RIBEIRÃO DAS NEVES-MG”, aborda a análise econômica do Direito (AED) e a sua aplicação às parcerias público-privadas no âmbito de penitenciárias, especificamente em relação ao Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP) em Ribeirão das Neves-MG, salientando que o CPPP pode ser vislumbrado como uma amostra da AED no âmbito do processo de execução penal.

No artigo intitulado “O DIREITO DE REVISÃO PROVENIENTE DA RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N. 194.677/SP, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, Jaroslana Bosse se debruça sobre o direito de revisão à negativa de oferta do Acordo de Não Persecução Penal previsto no §14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente a partir da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 194.677/SP.

“O MÉTODO DA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO”, de autoria de Ricardo Luiz Sichel e Thiago José Duarte Cabral, aborda a temática da verdade no processo penal, com enfoque na análise do material probatório como cerne da questão, à luz das críticas e visões desenvolvidas pela filosofia do Direito.

Deborah Soares Dallemole, no artigo intitulado “O ‘MENOR INFRATOR’ ENQUANTO INIMIGO PÚBLICO: A CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE JUVENIL”, analisa o histórico brasileiro com relação aos adolescentes e o crescimento de discursos punitivistas, em contraposição à Doutrina da Proteção Integral. A autora salienta que a construção da

imagem do delinquente juvenil afeta a responsabilização dos jovens que se incluem neste estereótipo, submetidos a chances maiores de sofrer medidas socioeducativas de mais intenso controle sobre sua liberdade.

Ythalo Frota Loureiro analisa, no artigo “POLÍCIAS ESTADUAIS E LOCAL DE CRIME: A COOPERAÇÃO POLICIAL E A ATUAÇÃO DE MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ”, a necessidade de requalificar a relação entre Polícia Civil e Polícia Militar nos trabalhos de local de crime, à luz das disposições do Código de Processo Penal e da Portaria do Estado do Ceará que versa sobre o tema.

Em “O RISCO SOCIALMENTE PERMITIDO COMO CRITÉRIO DE AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS”, Betina Scherrer da Silva explicita o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Ulrich Beck, realizando um estudo das bases teóricas do risco socialmente permitido e da relação deste instituto com os crimes ambientais.

No artigo “MÍDIA COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SEM FORMAÇÃO DE VALOR NEM MATURAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRIAÇÃO DA NORMA”, Derick Moura Jorge e Valter Foletto Santin analisam a expansão do direito penal a partir da influência exercida pela mídia que, diante do interesse momentâneo acerca de determinados assuntos, incentiva a criação e alteração das normas penais sem obediência ao tradicional caminho normativo, destacando que a pressão exercida pela mídia e pela opinião pública resulta na criação de normas penais desnecessárias, desproporcionais e irrazoáveis.

Rafael Fecury Nogueira e Gustavo Pastor da Silva Pinheiro, no artigo “CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP A PARTIR DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI”, asseveram que há uma clara ofensa aos direitos fundamentais no âmbito da justiça negociada no processo penal, importada de modo acrítico do sistema norte-americano para a legislação processual penal brasileira.

“O CRIME DE STALKING, O ASSÉDIO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO”, de autoria de Alexander Rodrigues de Castro e Fernanda Andreolla Borgio, analisa a disseminação do stalking e cyberstalking para todas as classes sociais nas relações de consumo online. Os autores buscam evidenciar como uma compreensão ampliada dos direitos da personalidade a partir de sua leitura conjunta com os direitos humanos contribui para compreender as maneiras como tais práticas ofendem a dignidade da pessoa humana.

Cristiano dos Anjos Lopes e Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima, no artigo intitulado “MODELAÇÃO ACUSATÓRIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: (IN) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE?”, destacam que o dever de observância à Constituição vem impactando no jus puniendi já que direitos e garantias fundamentais não podem ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. Em razão disso, os autores discutem a modelagem acusatória e sua conformação constitucional, propondo reflexões práticas.

No texto “AS TENSÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA”, Karla Helenne Vicenzi e Fábio André Guaragni salientam que a dogmática jurídico-penal é diariamente confrontada com novas demandas inerentes ao desenvolvimento da sociedade, configurando um cenário expansionista, com novos bens jurídico-penais, cada vez mais desvinculados de pessoas individualizadas e marcados por pessoas indeterminadas. Nesse contexto, surgem discussões a respeito da responsabilidade penal da empresa, mormente ao que se refere à culpabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, Lucas Spessatto e Bruna Vidal da Rocha, no estudo intitulado “O ARTIGO 492, I, ALÍNEA ‘E’ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEU DISSONAR À ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE”, defendem a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.964/19, diante dos prejuízos e incongruências da norma em relação à Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, amplitude e plenitude de defesa.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

**MODELAÇÃO ACUSATÓRIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO
E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: (IN) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL
À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE?**

**ACCUSATORY MODELING OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL
SYSTEM AND THE INVESTIGATIVE POWER OF THE JUDGE: (IN)
CONSTITUTIONAL CONFORMITY IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF
PRESUMPTION OF NON-GUILTY?**

**Cristiano dos Anjos Lopes
Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima**

Resumo

A democratização no Brasil tem relação com a força normativa da Constituição vigente, cuja carga axiológica é marcante. O dever de observância à Constituição vem impactando no jus puniendi já que direitos e garantias fundamentais não podem ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. À busca da verdade é marcada pela iniciativa probatória do julgador, pondo em debate a legitimidade democrática dessa atuação por imperativo da presunção de inocência e do dever de imparcialidade. Assim, buscar-se-á discutir a modelagem acusatória e sua conformação constitucional, propondo reflexões práticas.

Palavras-chave: Modelagem, Sistema acusatório, Iniciativa probatória do juiz, Conformidade constitucional, Presunção de não compatibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Democratization in Brazil is related to the normative force of the current Constitution, whose axiological load is remarkable. The duty to observe the Constitution has had an impact on the jus puniendi since fundamental rights and guarantees cannot be disrespected without the authorization of the constituent. The search for the truth is marked by the evidentiary initiative of the judge, putting into question the democratic legitimacy of this action due to the imperative of the presumption of innocence and the duty of impartiality. Thus, we will seek to discuss the accusatory modeling and its constitutional conformation, proposing practical reflections.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modeling, Accusatory system, Judge's evidentiary initiative, Constitutional compliance, Presumption of non-compatibility

Introdução

O papel da Constituição nos Estados Democráticos de Direito é imprescindível, tanto que sua força normativa ratificou o caráter sistêmico do ordenamento jurídico, tal qual defendido por Hans Kelsen. Lembre-se que, para esse autor, não há que se falar em lacuna, tampouco em antinomias, cabendo aquele texto, que retira da “norma hipotética fundamental” seu fundamento de validade, criar direitos e exigir deveres a toda sociedade.

No caso brasileiro, após algumas décadas de regime ditatorial, a Constituição Federal de 1988 veio sedimentar o Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes e o respeito aos direitos fundamentais passaram à condição de elementos essenciais à concretização daquele modelo de Estado, de modo que, seja nas relações Estado-indivíduo (verticais), seja nas entre indivíduos (horizontais), o dever de observância se revelou elementar.

A jurisdição, enquanto manifestação do Estado em se substituir à vontade das partes e decidir o conflito posto em juízo, terá sua atuação norteadada pelo desenho institucional desse Estado, tal qual ocorre com o processo, podendo ser autoritário ou democrático.

No processo penal não é diferente, trazendo, assim, à baila, discussões quanto à atividade probatória do julgador: se de mera “samambaia” ou de “justiceiro, como se impossível conciliar, em dadas situações, postura mais ativa na tutela do Estado Democrático de Direito, com a imparcialidade. Tudo isso ante o receio fundado do sistema processual inquisitivo.

O Código de Processo Penal (CPP), influenciado pelo Código Napoleônico, em matéria probatória, traz em seu bojo algumas previsões, como os arts.156 e 209, que materializam o modelo inquisitivo, marcado pela concentração nas mãos de mesma pessoa as funções de investigar e julgar, dando azo a muitas controvérsias quanto à sua conformidade constitucional.

A partir dessa previsão legal, a doutrina mais garantista passou a indagar até que ponto o Estado-juiz deteria competência para determinar a produção de prova ante a máxima constitucional de que na dúvida e não desincumbindo o órgão acusatório do ônus de provar ser o acusado culpado, a absolvição se imporia por força do princípio da presunção de inocência.

Nesse cenário, com a inclusão do art.3º-A, pela Lei 13.964/2019, fala-se que o legislador consagrou o sistema acusatório, caracterizado pela delimitação e separação dos papéis das partes no processo, a partir de preceitos constitucionais, vindo à tona a

legitimidade democrática, a conformação constitucional do ativismo probatório do julgador de alguns resquícios do modelo inquisitorial, por muitos confundidas como uma modelagem acusatória adversarial.

Assim, a partir dessa problemática, o presente estudo apresentará o debate em torno da modelagem do sistema processual brasileira, procedendo-se, de início, à breve análise dos sistemas penais, distinguindo-os entre si, até desembocar no sistema acusatório aplicado no Brasil. Em seguida, proceder-se-á à contextualização da novel previsão legal, comparando com o texto revogado, abordando os debates doutrinários e jurisprudenciais pertinentes aos temas. Em seguida, tomando como base a lógica da força normativa da constituição e do ordenamento jurídico como sistema, tratar-se-á do princípio da presunção da inocência, da busca da verdade real e os impactos no âmbito no poder instrutório do magistrado.

Para tanto, utilizar-se-á da revisão doutrinária especializada sobre o tema, além de análise dos emblemáticos julgados HC 95.518/PR e RHC 144615 AgR, do STF, em que se aventou a parcialidade do até então juiz Sérgio Moro na condução do processo, sobretudo, pela iniciativa probatória.

2. Sistemas processuais penais no Brasil: do inquisitivo ao acusatório?

2.1 Nuances de distinções necessárias

Paulo Rangel (2012, p. 46-47) entende que o sistema processual penal é um “(...) o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”, os quais podem ser classificados em três tipos: inquisitorial, acusatório e misto.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2010, p.116-117) o sistema inquisitorial se caracteriza “pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador”, havendo hierarquia entre as provas - a confissão deteria prioridade frente às demais -, predomínio de procedimentos escritos e sigilosos em detrimento de orais e ausência do contraditório e da ampla defesa.

Já no sistema acusatório tem-se a separação nítida entre o órgão acusador e o julgador, amplitude de defesa e do contraditório, publicidade dos atos processuais como regra, isonomia das partes no processo e livre sistema de produção de provas com predomínio de maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. Esse seria, para alguns, o sistema instituído no art. 3º-A da Lei 13.964/2019, suspenso por força da decisão cautelar pelo Supremo Tribunal Federal (proferida pelo Ministro Luiz Fux nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305).

Atualmente, ainda vige no Brasil, segundo Nucci (2010), o sistema misto segundo o qual se tem a divisão do processo penal em fase preliminar – com elementos próprios do sistema inquisitivo onde o sigilo, a ausência de contraditório e atos eminentemente escritos prevalecem e em fase de julgamento em que se predomina o sistema acusatório com seus traços característicos, tais como: livre apreciação das provas, contraditório, publicidade e possibilidade de participação popular.

Os doutrinadores brasileiros divergiam acerca de qual seria o sistema processual penal adotado no Brasil. Para Hélio Tornaghi e Edilson Bonfim, por exemplo, nosso sistema seria bifásico e, por conseguinte, misto, considerando o inquérito policial nitidamente inquisitivo, como fase preliminar do processo, seguida pela fase judicial, de caráter acusatório. Já Mirabette e Scarance refutam o entendimento que se baseia na teoria do processo bifásico para classificar o sistema processual penal como misto sob o argumento de que a fase investigatória não se insere no contexto processual, mas administrativo.

Numa visão aglutinadora das anteriores, Nucci (2010) defende ser o sistema brasileiro misto (inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado), calcando sua tese no “senso de realidade” e não no fato de ser o processo bifásico, eis que se se tivesse processo eminentemente acusatório injustificável se admitir para fins de convencimento do juiz as provas colhidas no inquérito policial, por exemplo.

Segundo Jacinto Coutinho (2009, p.109), não há no mundo afora sistemas processuais puros – esses originalmente criados por razões políticas e não filosóficas-, sendo todos mistos, misto não como mera somatória de elementos dos dois sistemas por epistemologicamente inconciliáveis, mas de agregação de elementos de um sistema noutra. Enquanto o inquisitivo tem marco a lógica hipócrita da Igreja Católica (1215), em que o inquisitor cumulava papéis e a decisão já estava pré-ordenada pelo modelo com o domínio das premissas; o acusatório deita raízes na Inglaterra, no governo de Henrique II (1154-1189), em que o rei só ditava as regras processuais e acusação e defesa conduziam o grande debate, norteado pelo direito material que era local e expresso mais pelos costumes do que pelas leis (COUTINHO, 2009, p.105-107, passim).

Tanto Paulo Rangel (2012), quanto Fernando Capez defendem, por força do disposto na Constituição Federal, que o sistema adotado no Brasil é o acusatório em que a função de acusação, em regra, foi atribuída ao Ministério Público, estando vedando ao juiz praticar atos instrutórios típicos das partes, sob pena de comprometer sua imparcialidade.

Acerca desse tema, algumas distinções básicas merecem ser feitas e justificam tanta celeuma.

Ada Pellegrini Grinover chama a atenção para errôneas concepções do que vem a ser “processo acusatório e inquisitivo” e “adversarial system e inquisitorial system”. No modelo acusatório ou “processo das partes”, as funções de defender, acusar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, o que não ocorre no inquisitivo. No adversarial system, reflexo de liberal-individualismo, a marcha processual e produção probatória é definida pelas partes e não exclusivamente pelo juiz, como no inquisitorial system. Dessa forma, “(...) o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal.” (GRINOVER, 1999, p.72).

Isto é: a delimitação das funções de cada sujeito do processo penal, deixando de concentrar papéis como o de investigar e de julgar (sistema acusatório), espelha a lógica constitucional da separação dos poderes e da presunção de não-culpabilidade, da função social do julgador, o que não pode indicar que o julgador assumirá postura passiva, onde a marcha processual e a produção probatória é definida pelas partes (*adversarial system*).

2.2 Pacote Anticrime e sedimentação da modelagem acusatória: reflexões em torno do art.3º-A, CPP

O pacote denominado anticrime, proposto pelo até então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, era composto por dois projetos de lei e um projeto de lei complementar que alteram 14 leis como o Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), o Código de Processo Penal (CPP, Decreto-lei 3.689/41), a Lei de Execução Penal (7.210/84), a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), o Código Eleitoral (4.737/65).

O projeto de lei (PL) 6.341/2019 teve uma tramitação rápida, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) no mesmo dia em que chegou ao Senado, pouco mais de 24 horas depois, o texto recebeu o aval do Plenário¹. Além disso, teve *vacatio legis* de apenas trinta dias para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei.

Surgiram várias críticas em razão dessa celeridade imprimida ao projeto, inclusive do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que asseverou a necessidade de se ter um amplo debate antes da aprovação, considerando-se o impacto que tal projeto terá sobre o sistema penal, processual penal e penitenciário. Para a Ordem dos Advogados do Brasil, não existe uma exposição de motivos detalhada e aprofundada das causas que motivaram as

¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/senado-aprova-pacote-anticrime-que-vai-para-sancao-presidencial>. Acesso em: 01 mar.2022.

propostas, dos estudos técnicos que as amparam e, em especial, de uma análise cuidadosa a respeito das consequências jurídicas, sociais e econômicas de eventual aprovação integral do projeto².

Já a Associação Juízes para a Democracia emitiu nota rejeitando veementemente o pacote, tal como aprovado, pela inexistência de exposição de seus pressupostos, falta de estudos técnicos que suportem as ideias fragilmente expostas e pela incapacidade de enfrentar os temas de acordo com os princípios que norteiam a preservação da dignidade humana no contexto do Estado Democrático de Direito, ainda estampado na Constituição da República e pelo qual todos temos a obrigação de zelar³.

Decerto que um projeto de lei dessa magnitude, que altera vários estatutos legais do país, enrijecendo o sistema e alterando inclusive o funcionamento e a organização do Poder Judiciário, demanda realmente maior debate, ponderações e análise mais acurada de todos os efeitos potencialmente decorrentes de tais alterações, a fim de evitar futura declaração de inconstitucionalidade e de infringência ao princípio da separação dos poderes. Ademais, não se vislumbra urgência que justificasse a votação célere em que se deu o texto.

O fato é que, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a modalidade do sistema processual penal brasileiro, ao que tudo parece, passou a ser o acusatório, *ex vi* o disposto no art. 3ºA, segundo a qual “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Para COUTINHO, ainda quando do projeto de lei, “(...) a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não faz mais sentido – começando pela inconstitucionalidade- nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição.” (2009, p.113).

Ao tratar das características do modelo acusatório, o Min. Gilmar Mendes destacou que:

(...)o modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz, visto que esta é claramente violada em um cenário de julgamento inquisitivo: o modelo acusatório é um sistema de garantia da imparcialidade do julgador e de uma decisão justa. (Min.Gilmar Mendes, RHC 144615 A GR / PR, p.30)

Ora, a justificativa para a proibição do magistrado vir a determinar a produção de outras provas, portanto, seria em razão do sistema brasileiro ser acusatório e da imperatividade do

² Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/parecer-oab-critica-pacote-anticrime-cobra-amplo-debate>. Acesso em: 01 mar.2022.

³Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/19/entidade-de-juizes-critica-pacote-anticrime-falta-de-tecnica-apurada-e-embaralhamento-de-conceitos/>. Acesso em: 19 fev.2022.

princípio da presunção de inocência, caso em que, restaria ao julgador, se insuficientes as provas colhidas durante a instrução a imperatividade de absolver o acusado em homenagem ao aludido princípio.

Então, sob essa perspectiva, a postura do julgador seria de mero adorno? O passivismo judicial encontraria base constitucional?

3 Poder instrutório do julgador e “guarda” do Estado democrático de Direito: ativismo positivo?

Ada Pellegrini defende que, em razão da concepção publicista do processo, o papel do juiz deve ser ativo, estimulando o contraditório, suprimindo as deficiências e desigualdade dos litigantes, de modo que não se pode tornar a disponibilidade da produção probatória algo pleno às partes, citando José Carlos Barbosa Moreira para quem o juiz que faz pouca ou nenhuma pergunta deve ser merecedor de, ao menos, advertência (GRINOVER, 1999). Afirma a autora que

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. (GRINOVER, 1999, p.73).

A cooperação das partes, disposta no art.6º, CPC, decorre da própria razão de ser da jurisdição – a busca pela pacificação social – e do dever de lealdade, honestidade entre as partes (GRECO, 2015, p.246), impondo limites éticos à busca da verdade e ao exercício da ampla defesa e do contraditório, embora ainda haja resistência doutrinária, defendendo-se a aplicação desse dever tão somente ao juiz (NEVES, 2015, p.16) ou ao juiz e ao órgão acusador – como ocorre no direito norte-americano no “*duty to disclosure exculpatory evidence*”, em que ao acusador incumbe compartilhar evidências que levem à absolvição-, sendo facultativo à defesa, salvo quanto a posturas procrastinatórias indevidas, falando-se em “dever de cooperação negativa” (SILVA, 2016, p.73).

Para Grinover, “(...) A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte. A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz” (1999, p.74), o que não significa que essa atividade instrutória oficial seja ilimitada. Ao contrário, encontra limites e legitimidade democrática na obrigação de motivação da decisão, na exclusão de provas ilícitas e ilegítimas e no respeito ao contraditório.

Segundo Pacelli, o processo penal pode ser definido como “(...) a dialética da incerteza e como a potencialização da ampla defesa, sem arredar pé, contudo, do reconhecimento da possibilidade de construção do convencimento judicial válido (...)” (2016, p.252). Assim, o juiz não pode pecar por excesso, tampouco por inércia, eis que a proteção dos direitos fundamentais é que estará em risco ante potencial incidência de erro.

Ora, diferentemente do modelo de partes ou *adversarial system*, norte-americano, em que, dentro de sua tradição democrática, a igualdade material das partes é possível, a elas atribuindo a condução do processo e, inclusive, da produção de provas, a realidade brasileira é bem diferente e não comporta essa formatação. Admitir o contrário seria atribuir legitimidade a “transplante irresponsável”, desconexo do contexto histórico-social-econômico do país receptor (LANGER, 2001). Destaca Américo Bedê Junior que:

É de ser reconhecido, ainda, que o tema de provas na verdade densifica direitos e garantias fundamentais. Essa afirmação tem inúmeras consequências importantes, tais como a impossibilidade do legislador ter total discricionariedade dentro do assunto, fazendo com que o intérprete tenha o dever de, fundamentadamente, expor eventuais omissões ou restrições indevidas do legislador (2016, p.262).

Entrementes, não se estar a defender um ativismo probatório do juiz desmedido e sem respaldo constitucional, dando azo a decisionismos, tão criticado por Eros Grau (2014) e Lênio Streck (2010), por exemplo, mas uma postura equilibrada em que o compromisso com a “guarda” do processo democrático.

À guisa de exemplo, o STF vem ratificando a validade da disposição do art.156, CPP, autorizando ao juiz a atividade probatória supletiva, desde que não se demonstre a perda da imparcialidade do julgador, como veremos.

4 Art.3º-A, CPP e modelagem acusatória: sedimentação da limitação constitucional na “busca da verdade” em prol da presunção de não-culpabilidade?

Ao Poder Judiciário, um dos três pilares da democracia, impõe-se postura que fomente ou ao menos evite desconfiança no sistema judicial, de modo que a independência do julgador é o primeiro dos seis valores escolhidos como as bases dos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial constituído pela ONU (2008) e também destacado internacionalmente⁴.

⁴ À guisa de exemplo, o art. 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos preceitua que: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal

Na doutrina moderna, ampliando o originário conceito formal iluminista de imparcialidade do séc.XVIII – buscava-se limitar o poder absolutista do monarca, rompendo com a subordinação do Poder Judiciário – à postura de terceiro equidistante do juiz ante as partes se soma o dever de conduzir o processo com o olhar volvido à apuração da verdade dos fatos, calcado nas provas e na cooperação entre as partes (TARUFFO, 2012, p.144).

Para Lorena BACHMAIER WINTER, “a imparcialidade é um princípio nuclear da prestação jurisdicional, um elemento essencial da Justiça, de modo que sem ela não há como se falar propriamente de um processo judicial”. (2008, p. 19, tradução livre)

No que tange às contradições de terceiro imparcial, ao se referir ao juiz, Antoine Garapón assinala que “a posição de um terceiro desencarnado é tão ilusória como a de um juiz sem referências” de tal modo que “as relações entre justiça e democracia tomam corpo nesta contradição maior: necessidade de um terceiro, impossibilidade de um terceiro” (GARAPON, 1998, p. 260).

Na prática, no modelo liberal de processo, há dificuldade axiológica e o que se observa é resguardar uma independência judicial de fato para concretizar de direito; é desconsiderar os contornos atuais do papel que o juiz passa a deter a partir da insuficiência da lógica positivista. Ante o cenário de “déficit de eficiência”, de “crise representativa”, de “separação de poderes na aparência” o Estado-Juiz é instado a decidir e, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem que decidir. A lógica da força normativa da Constituição passa a exigir do juiz um compromisso público com a efetivação de seu texto, o que, pode desembocar no tão real e criticado ativismo judicial.

Assim, como assinalado por Matos (2007, p. 100), deve-se desmistificar a ideia dos liberais de que poderes ativos instrutórios do juiz se justifica em governos autoritários, inclusive, houve a expansão na Alemanha em 2001 e na Itália em 2006 e no Brasil em 2015 do modelo colaborativo, ativo do juiz em busca do equilíbrio entre as partes, atuando de ofício, por exemplo, na produção de prova⁵.

formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. No mesmo sentido: o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê que “Todos têm direito em completa igualdade a um processo justo e público por um tribunal independente e imparcial, na determinação de seus direitos e obrigações e de qualquer acusação penal contra si.”. No direito interno, tem-se o Código de Ética da Magistratura, de 2008, que em seu art.8º dispõe “O magistrado imparcial é 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 o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

⁵ A título de exemplo, o art. 5º, Lei 9099/95 preceitua que “O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. (BRASIL, 1995). E o art. 373,§1º, CPC, autoriza essa postura colaborativa do juiz, prevendo que: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva

Decerto, contudo, que há limites reais à figura do juiz dinâmico e não se pode ter a ilusão que no modelo cooperativo as partes estarão de mãos dadas caminhando tranquilamente em busca de decisão justa. E o juiz, nesse cenário, deve se posicionar à frente das partes, ditando a marcha do processo (MATOS, 2007, p. 103) e atrás um pouco para afastar os obstáculos do percurso, “(...) não desistindo da verdade judicial, mas mantendo o recuo bastante que salvasse a sua autoridade de decisor último”. É a “justa distância” de Ripper, mencionado por Matos.

Essa postura de terceiro, não neutro, mas desinteressado, é postura indissociável da prestação jurisdicional (DIDDIER, 2015), sendo as hipóteses de suspeição e impedimento taxativas (HC 92893, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02.10.2008).

Como visto, no processo penal, esse tema enseja bastante debate, havendo resistência à aplicação do modelo colaborativo (art.6º, CPC) ao processo penal, de modo que se perquire: como se distinguir “excesso” com “parcialidade” do julgador?

Em julgado emblemático, no HC 95.518/PR⁶, julgado em 28/05/2013, em que se aventou a parcialidade do até então juiz Sérgio Moro na condução do processo, o Min. Relator Gilmar Mendes, conquanto tenha reconhecido atos abusivos, excessos, logo, censuráveis, destacou que não se confundem com parcialidade por não revelarem “interesse do juiz ou sua inimizade com a parte.” (p.24). E completa:

Colhe-se na doutrina que, “nas hipóteses legais de impedimento e de suspeição, é a previsão abstrata de risco à liberdade de escolha do julgador, de tal como modo que a violação à imparcialidade passa a ser pressuposta ou objetivamente afirmada pelo legislador, ao mero exame de subsunção (adequação do fato – julgamento – à hipótese legal, de impedimento ou de suspeição). (Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, Lumen Juris, p. 453). (STF, 2013, p.24).

Lorena BACHMAIER WINTER (2018), inclusive citando precedente do Tribunal Supremo em que o juiz fez 78 perguntas para esclarecer culpa do réu sendo considerado parcial, apresenta algumas reflexões críticas em torno da imparcialidade do juiz nos sistemas processuais, quais sejam: se se reconhecer faculdades ao julgador na produção probatória violaria a imparcialidade e se essa urge por absoluta passividade do juiz no desenvolvimento do contraditório ou se trata de uma exigência derivada de dada concepção do modelo

dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (BRASIL, 2015).

⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>. Acesso em: 01 mar.2022.

contraditório. Pois bem. De largada, a autora entende que imparcialidade se refere à situação em que o juiz está em condições de levar a cabo a sua maneira de maneira objetiva e se atentar exclusivamente aos ditames legais, não se tratando de fazer juízo moral implícito sobre a pessoa de determinado julgador. Destaque que o desenho do processo penal do modelo acusatório com dualidade de partes busca não só permitir que as funções judiciais sejam exercidas com imparcialidade, mas que essa se veja refletiva externamente, havendo consenso de que a inércia judicial e a concentração de papéis numa única pessoa não estão presentes.

Segundo BACHMAIER WINTER (2018), a atuação do juiz no contraditório para esclarecer fatos não tem necessariamente que ser banido com fundamento na imparcialidade, o que merece próspero, eis que ao magistrado incumbe papel de garantia das regras do jogo processual com vistas ao processo penal democrático. Entrementes, não se pode admitir que em nome da “busca da verdade”, de “justiça”, a atuação do julgador tenda a beneficiar uma das partes. Para a autora, é condição da imparcialidade que o juiz não seja parte, de modo a deter distanciamento emocional, ou seja, não estar condicionado subjetivamente no julgamento. A título de exemplo, a autora assinala o modelo do processo adversarial norte-americano segundo o qual as testemunhas são das partes e não do juízo, por serem elas titulares do processo, sendo a postura do juiz de mero expectador, podendo, com parcimônia e excepcionalmente, intervir na *cross-examination* e ter iniciativa probatória, chamando de ofício testemunhas que entenda relevantes ao esclarecimento dos fatos.

Enfim, para autora, a intervenção na prova não determina uma atuação parcial – parcialidade aqui considerada como a permissão de incidência de elementos subjetivos alheios à lei e ao processo em favor de uma das partes, tal qual FERRER BELTRÀN (2007) – de modo que a posição mais ativa do juiz nas perguntas a testemunhas e até chamando de ofício para ouvir as testemunhas referidas, não o torna imparcial. Reforça, por conseguinte, que a maior ou menor intervenção do juiz na produção probatória decorre do modelo de processo adotado e não da imparcialidade: sistemas acusatórios impõem mais limites, sendo a liberdade de atuação do juiz uma escolha política do legislador e afetado por fatores culturais, econômicos, etc.

Como visto, o sistema acusatório sedimenta valores da “Constituição Cidadã”, de modo que se indaga: a imparcialidade do juiz estará vulnerada se, ante insuficiência probatória imputável à acusação, determinar sua supressão? Acerca dessa questão, trago à colação emblemático julgado do STF em 25/08/2021:

Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de

homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. **Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos.** Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012. **Agravo regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador.** (RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020)⁷ (negrito acrescido)

O art.252, II, CPP prevê hipótese de presunção de parcialidade do julgador quando “ele próprio houver desempenhado” qualquer das funções de defesa, acusação ou de autoridade policial, ratificando a ideia de separação dos papéis das partes, de suas não concentração nas mãos de “inquisitor”, coibindo a “perda da originalidade da cognição” (Min. Relator Fachin, no RHC 144615 A GR / PR, p.9).

Sem adentrar no debate filosófico do viria a ser verdade, mas a lógica do processo, sobretudo o penal em que o que se estar em jogo é a liberdade ambulatorial ou restrição de direitos, volta-se à busca de solução de conflitos a partir de convicção formada com a aplicação da norma jurídica aos fatos apresentados por meio da decisão. Dessa forma, o problema do Direito não é com a verdade, mas com a decidibilidade que não pode negar o ponto de partida da dogmática jurídica: a lei (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.89). Assim, dentro da lógica da regra de julgamento, a verdade material é, necessariamente, uma verdade processual.

Para Ada Pellegrini, “Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará.” (GRINOVER, 1999, p.77). No mesmo sentido, Michel Taruffo (2012) defende que a iniciativa probatória do juiz se norteia pela busca da verdade processual e não real.

Partindo da perspectiva kantiana de se buscar a verdade em estruturas complexas por meios do sistema – considerado como “o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única” *apud* COUTINHO, 2009, p.108) -, chama atenção Jacinto Coutinho:

Os sistemas processuais penais (...) são pensados assim e, por isso, relacionados ao fim último do processo (*dicere ius ou iuris dictio*), expressão do *sentire* (sentença) do órgão jurisdicional. Para decidir/sentenciar, todavia, precisa-se de conhecimento e, para tanto, faz-se mister, como se sabe, da prova: tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas. (COUTINHO, 2009, p.108).

⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754213731>. Acesso em: 01 mar.2022.

Ao tratar da valoração racional da prova, Jordi FERRER BELTRÁN (2007) obtempera que, principalmente nos países de civil law, criou-se um conceito especificamente jurídico de prova, ou seja, conceito aproximativo dos fatos. Assim, apesar do contexto de incerteza, deve-se aplicar regras de racionalidade, não se almejando o impossível, isto é, a certeza absoluta sobre a verdade dos fatos. Dessa forma, como bem defende TARUFFO (2012), o conceito de prova está mais bem colocado na perspectiva epistemológica do que exclusivamente jurídica.

De fato, como chama atenção FERRER BELTRÁN (2007), o Direito inclui número significativo de regras jurídicas sobre a prova que vão desde regras incidentes sobre a atividade probatória, passando sobre os meios de provas, até desembocar nas sobre o resultado probatório. O problema apontado pelo autor é que quando mais se enfraquece a busca da verdade, mais se aumenta a probabilidade de impunidade⁸ e se enfraquece a norma de conduta. Daí sugere que, para reduzir esse distanciamento da verdade, uma solução seria a possibilidade de o juiz ordenar a prática de provas não solicitadas pelas partes, já que essas têm o compromisso com seus interesses e não com busca da verdade, o esboça sua visão minimalista do princípio da inocência⁹.

Como visto, o CPP de 1941, sob influência do Código Napoleônico, tem por base a estrutura inquisitorial, sendo verdadeira “fraude à democracia processual” (COUTINHO, 2009, p.110), eis que “Com tamanha liberdade probatória, o juiz, no sistema processual penal brasileiro – e basta apontar em tal direção – pode fazer quase tudo o que pretender. Isso se dará, no mais das vezes, dentro daquilo que Franco Cordero chamou de *lógica deforme*¹⁰” (COUTINHO, 2009, p.111), como a previsão do art.156, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, segundo o autor.

Eugênio Pacelli (2016, p.248), após citar a surpresa quanto aos resultados da pesquisa de Shunemann em relação ao percentual de absorção das informações pelos juízes que estavam

⁸ Esse aspecto foi pontuado pelo Min.Relator Fachin, no bojo do RHC 144615 AGR / PR, como um dos fundamentos a se afastar a imparcialidade do juiz de piso.

⁹ Para o autor, tomando como base o sistema jurídico espanhol, há tendência à hipertrofia do direito multifacetado do princípio da presunção de inocência, de modo que, em matéria probatória, “(...) pode-se dizer, de forma geral, que em um processo penal o ônus da prova, entendido como regra que determina quem é prejudicado pela falta de prova, recai sobre a acusação. Mas isso não é consequência da presunção de inocência em si mesma, senão do standart de prova (que, redordemos, está pressuposto, mas não é implicado pela presunção de inocência).” (FERRER BELTRÁN, 2018, p.175-176). Isso justifica o a assimetria do standarts de prova para defesa e para acusação.

¹⁰ O grande motivo, segundo Jacinto Coutinho, pela opção política pelo sistema acusatório é por algo que não é excepcional no sistema inquisitório, o “*primado das hipóteses sobre os fatos*”, mecanismo compatível com o modo de pensar da civilização ocidental toda, em que “(...) navegando com o pensamento para o futuro e para o passado, tende-se a acreditar nas imagens produzidas pela razão.”, deixando o juiz livre para “*orientar o êxito para onde quiser*” (COUTINHO, 2009, p.112)

autorizados a inquirir testemunhas, afirma não ser acertado sustentar que “o *adversary system* equivalha ao modelo acusatório ou a um tipo único de sistema acusatório. Na verdade, não é o fato de poder o juiz atuar com alguma margem de iniciativa probatória na fase de instrução processual que o qualifica como inquisitorial.”. Daí, para o autor, não se pode afirmar estar o processo penal brasileiro vedando ao juiz qualquer atividade probatória, o que sequer se observa em sistemas, como o chileno, cuja redução da atividade do julgador é cada vez mais reduzida.

Em sentido contrário, afirma Jacinto COUTINHO que:

Na fase processual da persecução, por seu turno, o juiz do processo (e não mais aquele Juiz das Garantias) terá uma participação decisiva, mas não em matéria probatória. À acusação cabe provar os fatos imputados (como deve ser, de fato), sem a intervenção direta do magistrado, a não ser para sanar dúvida pontual em algumas hipóteses, por exemplo complementando com perguntas as inquirições das testemunhas. Daí o veto à iniciativa do juiz no sentido da “substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (COUTINHO, 2009, p.114).

Mas poderia o juiz intervir na produção da prova da defesa? Jacinto Coutinho defende que, a despeito de não haver mecanismo legal que proíba tal intervenção, a questão mais do que jurídica é ética: se a acusação não se desincumbiu do ônus de provar, não caberá ao juiz, por força do *in dubio pro reo*, sob pena de riscos reais de “sobrevivência inquisitorial” (COUTINHO, 2009, p.114).

Em defesa do sistema acusatório, afirma o autor que:

O Sistema Acusatório não é e nunc a foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual. (COUTINHO, 2009, p.115).

Como se sabe, a Constituição Federal previu o princípio da presunção de inocência, por força do qual ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII). Esse princípio já estava previsto pela Declaração de Direitos do Homem e Cidadão de 1789, em seu art.9º, detendo significado duplo: não dever do acusado provar sua inocência por ser presumida e a excepcionalidade de medidas restritivas de direito. (MIRZA, 2010, p. 543)

Na doutrina brasileira, juristas como Aury Lopes Jr.(2011,p.177) defendem que a presunção da inocência é "princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)", e que "embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo

deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo".

Considerando o caráter irrenunciável e indisponível do estado de inocência, por integrar a natureza do ser humano enquanto titular de dignidade e respeito, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 264/266) destaca "(...) a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo", ainda quando invoque excludentes, o que parece não ser o entendimento majoritário, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Em sentido contrário, Eugênio Pacelli assinala que:

O nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria. (...) Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual 'a prova da alegação incumbirá a quem a fizer'. (2013, p.333/334)

Afastando a tese de aplicação subsidiária da lógica do CPC, em matéria de distribuição do ônus *probandi*,

O novo CPC fortalece os poderes do juiz, mormente em seu artigo 139, outorgando-lhe maior ativismo para iniciativa probatória, o que soa incompatível com os princípios processuais penais que delineiam um sistema de garantias, caso esses poderes sejam próprios da acusação. As novas regras do CPC sobre tal assunto não repercutem no processo penal, dotado este que é de enunciados específicos, especialmente constitucionais, que configuram o sistema acusatório. O protagonismo judicial em matéria processual penal só é admitido para assegurar as garantias individuais fundamentais do acusado (favor rei).(TAVORA; RODRIGUES, 2016, p.643).

Ora, decerto que pelo sistema acusatório o juiz não pode assumir postura de acusação ou de defesa, contudo, não se pode disso concluir que nem que o juiz conduzirá o processo ao seu alvedrio – lógica do sistema adversarial -, tampouco que será mera “samambaia de sala de audiências” (NUCCI, 2009). Como já dizia Aristóteles, o equilíbrio está no meio.

A posição de equidistância da prova, de não gestor dela, enquanto meio de evitar que a imparcialidade do juiz não seja comprometida, urge que assuma sua posição de “supra partes”, interessando-se pela busca da verdade processual e não sua verdade, norteadas por vieses como o confirmatório.

No processo penal, ao juiz incumbe resguardar as regras do jogo, o que não significa se colocar no lugar dos “jogadores”, buscando incessantemente a “verdade real”, olvidando-se que a verdade deve ser a processual.

O art.156, CPP, se interpretado como um “cheque em branco” ao juiz, é exemplo de manutenção pelo legislador de resquícios inquisitivo em dissonância com a perspectiva acusatória de índole constitucional do nosso sistema processual, permitindo que o julgador vista a “capa de justiceiro” e sai a “caça” de inimigos, como se a ele coubesse “arrumar” um culpado à proteção da sociedade, olvidando-se que esse papel cabe ao Ministério Público (ar.129, CF) e polícia (art.144, CF).

Como afirma COUTINHO (2009, p.114), “A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante!”, o que não significa que deva se passivo no sentido de não conduzir o processo, o que, inclusive, podendo ordenar de ofício provas que entendam de relevo aos esclarecimento de fatos importantes.

Para Busato, ao tratar do art.212, CPP, defende que o distanciamento entre o juiz e a prova assegura que esteja isento quando do julgamento, exercendo sua função de garante dos direitos fundamentais do acusado e evitando que se substitua ao órgão de acusação, enfim, respeitando o sistema acusatório. Isso, sustenta o autor, não põe o magistrado em “diminuta condição de vegetal decorativo” (2010, p.113).

Defendendo postura mais ativa do juiz em matéria probatória, em respeito aos ditames constitucionais, eis que é por meio do processo que a pena pode ser imposta e os bens jurídicos “em jogo” são caros à democracia, destaca, ao comentar a previsão do art.212, CPP, Vicente Greco Filho que

Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não pode tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa. (GRECO FILHO, 2010, p. 206).

Por permissivo legal e numa interpretação conforme à Constituição, entendemos que os arts.156 e 212, CPP autorizam a produção probatória pelo magistrado de modo subsidiário, desde que respeitados o contraditório e a motivação das decisões judiciais, para dirimir dúvidas acerca de pontos relevantes, por imperativo do sistema do livre convencimento motivado e do

princípio da busca da verdade, ratificando, assim, a *mens legis* do art.3º- A, CPP, atendendo ao princípio do favor rei, numa perspectiva minimalista defendida por FÉRRER BELTRÁN (2018).

Considerações finais

Depreende-se que a dinâmica de atuação do juiz não é fácil: ao mesmo tempo em que se busca um julgador distante das partes, as desigualdades sociais se relevam latentes no processo, exigindo equilíbrio e postura ativa do juiz à efetivação à ordem jurídica justa. Isto é: o juiz como autoridade reguladora e garantidor, ao mesmo tempo, da liberdade de “controle” pelas partes no processo.

Ora, embora não se possa permitir parcialidade de juiz, mesmo que movido por intenções tidas por justas, ele não pode ser parceiro indiferente (modelo social), tampouco apático (modelo liberal), mas corresponsável na busca de construção de decisão justa ao litígio que lhe é posto, em que o processo é considerado uma garantia, um instrumento à disposição de concretização de valores constitucionais.

O processo deve ser enxergado como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional, como meio de concretização dos valores constitucionais, fazendo valer a “vontade de constituição” que encontra nas cláusulas abertas, nos conceitos jurídicos indeterminados campo fértil, exigindo-se mudança de postura ou postura mais responsável pelos julgadores e atores do sistema de justiça.

No processo penal, como a atuação do magistrado, mais do que nunca, urge por atuação independente e imparcial, o sistema acusatório, enunciado claramente no art.3º- A, CPP, ratifica a lógica constitucional da presunção de inocência e da delimitação do papel do Ministério Público (art.129,CF) e da Polícia (art.144,CF), devendo o julgador não atuar diretamente em reforço à acusação como “justiceiro”, justificando na “busca da verdade”, mas supervisionar os atos de produção de provas – como assinalado pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do RHC 144615 AGR / PR -, atuando, excepcionalmente, de modo a complementar tal produção se pairar dúvida sob ponto relevante.

Como bem registra Mirjan DAMASKA, se a verdade fosse indiferente à justiça, inutilidade grande seria a atividade probatória (2003, p.138), de modo que se deve interpretar de modo assimétrico o *standart* de prova à defesa e à acusação e o princípio da inocência relacionado, mas não decorrente dessa lógica, como defende FÉRRER BELTRÁN (2018).

Nesse contexto, o presente estudo, após analisar as peculiaridades de cada sistema processual, destacando os influxos do inquisitorial na modelagem processual brasileira, passando pelas nuances do poder instrutório do julgador e eventuais impactos ao seu dever funcional de imparcialidade e independência, pode-se concluir que com a inclusão do art.3º-A, pela Lei 13.964/2019, embora tenha havido a consagração pelo legislador do sistema acusatório, alguns resquícios do modelo inquisitorial ainda perduram, e não se pode confundir como uma modelagem acusatória adversarial, que não estaria em conformidade constitucional.

Referencias

BACHMAIER WINTER, Lorena. **Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados**. Thomson, 2008.

BEDE Junior, Américo. **Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro**. p.261-276. In: CABRAL, Antônio do Passo et al. (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13, Salvador: Juspodivm, 2016.

BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). O novo processo penal à luz da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Brasília, a.46, n.183, julho.set.2009, p.103-115.

DAMASKA, Mirjan. **Il diritto delle prove alla deriva**. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Milino, 2003.

DIDIER, Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e pro-cesso de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, p. 149–182, 2018.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes?**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol.I.
- LANGER, Máximo. **La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona**: Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Orgs.). El procedimiento abreviado. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001, p. 97–133.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano.7, n.27, Julho-Setembro 1999, p.71-79.
- LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). **Revista Julgar**, n. 2, p. 87-106, 2007, Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Igreja-Matos-Juiz-e-processo-civil.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- Nações Unidas (ONU)**. Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008, 179 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: RT, 2009.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. **A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência** – aplicabilidade dos arts.6º e 10 do novo Código de Processo Civil. p.67-81. In: CABRAL, Antônio do Passo et al (coord.). Processo Penal. Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13. Salvador: Juspodivm, 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PACELLI, Eugênio. **Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro**. p.237-260. In: CABRAL, Antônio do Passo et al. (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13, Salvador: Juspodivm, 2016.
- TAVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.