

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO INQUÉRITO POLICIAL E SUA INCONFORMIDADE COM A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Ana Paula Sigounas Muhammad ¹
Ruben Rockenbach Manente ²

RESUMO

O presente artigo possui como objetivo a análise da possibilidade de iniciativa probatória do juiz no inquérito policial e sua inconformidade com a garantia constitucional da imparcialidade do magistrado. O objetivo desta pesquisa é realizar o estudo da problemática trazida pelo atual Código de Processo Penal, e a importância de uma urgente reforma infraconstitucional, a fim de adequar a persecução criminal com os ditames da Constituição Federal. Para tanto, serão analisados os novos parâmetros legislativos trazidos pela proposta do Projeto Lei n. 8045/2010, que pretende reformar o Código de Processo Penal, e a figura nele constante do “juiz de garantias”, de forma a assegurar a adequada distância entre o julgador e o procedimento inquisitivo.

Palavras-chave: Juiz. Inquérito policial. Iniciativa probatória. Imparcialidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a uma análise crítica da possibilidade da iniciativa probatória do juiz no inquérito policial e sua inconformidade com a garantia da imparcialidade do magistrado.

Tal tema é de suma importância, tendo em vista a atual disparidade dos enunciados constantes do Código de Processo Penal, promulgado em 1941, com as garantias reconhecidas pela Constituição Federal da República, de 1988, colocando em xeque os resquícios de um sistema estruturado em um contexto histórico repressivo, que, ante a ausência de uma reforma infraconstitucional própria, se estendem até os dias de hoje.

A fase pré-processual, atualmente, é marcada pela realização da investigação criminal, regida pelo sistema inquisitório e presidida pela polícia judiciária. O magistrado

¹ Acadêmica de Direito pela Faculdade Cesusc. Endereço eletrônico para contato: ana.sigounas@hotmail.com

² Professor Doutor na Faculdade Cesusc. Endereço eletrônico para contato: rubenmanente@hotmail.com

que atuar nessa fase considera-se prevento para julgar a ação judicial, onde deve vigorar o sistema acusatório, caracterizado pelos princípios do processo penal, destacando-se, nesta pesquisa, a garantia da imparcialidade do magistrado.

Por outro lado, extrai-se do Código de Processo Penal a possibilidade de atuação ativa do magistrado no inquérito policial a partir da busca de ofício por elementos probatórios, levantando-se o seguinte problema: a participação do mesmo juiz nas fases investigatória e judicial, e a atribuição de poderes instrutórios prevista pelo inciso I do art. 156 do CPP, são incompatíveis com a garantia da imparcialidade do magistrado?

O método utilizado neste artigo é o dedutivo, e a pesquisa foi realizada a partir da técnica bibliográfica, tendo o presente artigo como objetivo a análise do Projeto Lei 8045/2010, que pretende reformar o atual Código de Processo Penal, ressaltando a importância da previsão do “juiz de garantias”, a fim de estudar sua relação com as garantias constantes da Constituição Federal brasileira.

Serão utilizados como referencial teórico da presente pesquisa os ensinamentos constantes das obras de Aury Lopes Jr., Paulo Rangel, Salah Khaled Jr., Renato Brasileiro de Lima e Jacinto Coutinho, a fim de construir uma possível solução à problemática apresentada.

2 A ATRIBUIÇÃO DE PODERES INSTRUTÓRIOS AO MAGISTRADO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

O inquérito policial é considerado um procedimento administrativo, pré-processual, presidido por uma autoridade policial, possuindo como objetivo a apuração de possíveis infrações penais e sua autoria. (LOPES JR., 2012, p. 239).

Com isso, Pacelli (2013, p. 54) expõe a postura que se espera do magistrado na fase pré-processual:

O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.

No entanto, a partir do advento da Lei 11.690/2008, uma nova redação atribuiu ao juiz a possibilidade de colher provas inclusive na fase investigatória.

Assim dispõe o art. 156 do CPP:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de

ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

A problemática trazida pela redação diz respeito ao caráter inquisitorial da fase pré-processual, onde não há aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório, tratando-se de procedimento que possui finalidade de obter elementos mínimos necessários à propositura da ação penal, considerando o acusado como objeto de pesquisa realizada pela polícia, sendo impossível dar ao investigado o exercício do direito de defesa (RANGEL, 2011, p. 103).

3 A CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO E A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A imparcialidade do magistrado é uma garantia decorrente do princípio do juiz natural, assegurada pelo regramento constitucional brasileiro, sendo que o princípio em questão “significa muito mais que ter um juiz, mas exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.” (LOPES JR., 2014, p.108).

A previsão legal de poderes instrutórios ao juiz no inquérito policial, caracterizado pela inquisitorialidade, reflete diretamente na ação penal, regida pelas garantias do processo penal, e, conseqüentemente, pelo princípio do juiz natural, já que a competência para julgar a ação penal segue a regra da prevenção, impondo ao mesmo magistrado a atuação nas duas fases distintas (inquisitiva e judicial).

É que a imparcialidade depende da inércia do magistrado, principalmente na fase pré-processual, em que não existem meios de defesa do acusado, não sendo compatível com o regramento constitucional que o magistrado realize o papel de parte ativa, produzindo provas que posteriormente irá julgar, conforme ensinamento de Lopes Jr. (2012, p. 140):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

Dessa forma, há a extensão das características inquisitoriais na fase judicial, ante a atuação ativa do julgador no inquérito policial, sendo que o magistrado já constrói sua

convicção antes mesmo de começar ação penal, afrontando a garantia constitucional do juiz natural, bem como dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Lima (2012, p. 858) nos traz:

O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometida a priori com a tese da culpabilidade do acusado.

Bastaria, portanto, que o magistrado fundamentasse sua posterior decisão com requisitos retóricos bem trabalhados, a fim de imunizar a sentença, agindo em nome da “segurança jurídica” ou da “verdade” (COUTINHO, 2001, p. 6).

É o que Lopes Jr. (2014, p. 71) denuncia como fraude, já que a prova colhida na fase inquisitiva é trazida à sentença por meio do magistrado, sendo que “ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão”.

Nesta linha de pensamento, quando o magistrado aciona sua opção de colher provas que entenda como relevantes, estas dizem respeito apenas à condenação do réu, já que em qualquer hipótese de dúvida, existe a garantia de absolvição.

É o que nos diz Paulo Rangel (2011, p. 454).

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial) o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação.

Os poderes instrutórios nos mostram que a liberdade de atuação do magistrado prejudica o curso adequado da fase processual, onde vigora o sistema acusatório, porque mantém a possibilidade do julgador decidir antes e, após, colher as provas suficientes que justifiquem sua decisão (COUTINHO, 2000, p. 3).

4 O MITO DA VERDADE REAL E OS RESQUÍCIOS DO SISTEMA INQUISITIVO

A fim de justificar a constitucionalidade da atribuição de poderes instrutórios ao magistrado na fase pré-processual, construiu-se a ideia que juiz não possui apenas papel de expectador, devendo utilizar dos meios que lhe são permitidos para buscar a “verdade real” (DEMERCIAN, 2011, p. 27).

É o que entende Nucci, ao mencionar que a atuação de ofício pelo juiz se trata de decorrência natural do princípio da verdade real, sendo considerado um dever de “buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. Afirma, dessa forma, que o magistrado deve ser um “co-partícipe na busca dos elementos probatórios” (2008, p. 105).

A participação instrutória do juiz justificada pela busca da verdade real são reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados do HC 192.410/MS, HC 214.007/SP, bem como do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 0003254-82.2015.8.24.0075.

Porém, é inconciliável que a busca da verdade real justifique a atuação instrutória do juiz, o mesmo que irá julgar ação penal, visto que o mito da verdade absoluta provém do sistema inquisitivo, historicamente utilizado em sistemas repressivos e autoritários, incompatíveis com as garantias previstas pela Constituição Federal de 1988 e o sistema acusatório, que deve vigorar na fase de julgamento.

É o que nos ensina Khaled Junior (2013, p. 485), que tem seu ponto de vista firmado dessa forma:

Através do mito da busca da verdade correspondente e da infalibilidade do juiz, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico e repressão que se encontra em franco descompasso com os objetivos constitucionalmente estipulados para a República Federativa do Brasil. Entretanto, apesar de todas essas constatações, o mito permanece povoando o imaginário jurídico e, sendo assim, há que se perguntar qual é o mecanismo de convencimento por ele utilizado para justificar a sua permanência.

Dessa forma, a opção de atuar de forma ativa na fase inquisitiva sob a justificativa de buscar a verdade real e, posteriormente, julgar a ação penal, é incompatível com o regramento constitucional, já que na ação penal deve vigorar apenas o sistema acusatório e as garantias dele proveniente, eliminando resquícios do juiz inquisidor.

5 O JUIZ DAS GARANTIAS E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A violação do sistema acusatório e das garantias que decorrem deste modelo levantou o debate sobre a necessidade de uma reforma do atual Código processual penal, a fim de torná-lo de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Diante disso, o Congresso Nacional apresentou o Projeto Lei 156/2009 (atual Projeto Lei 8045/2010), trazendo mudanças em diversos institutos vigentes no atual CPP e passando a reconhecer a relevância da real observância do sistema acusatório.

Neste sentido, segue trecho da exposição de motivos realizada pela Comissão de Juristas responsáveis pelo Anteprojeto (PL 156/2009):

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. (BRASIL, 2009, p. 3).

Dessa forma também entende Lopes Jr.:

Dessarte, fica fácil perceber que o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional. Ou seja, a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório. (2012, p. 137).

É confirmado pela exposição de motivos do anteprojeto a importância da vedação de poderes instrutórios ao juiz na fase de investigação, passando a ser reconhecida a incompatibilidade da atividade jurisdicional e a busca de elementos probatórios.

Além da busca pela efetiva adequação do CPP com o ordenamento constitucional, o Projeto Lei 156/2009 prevê a figura do “juiz das garantias”, considerado como o magistrado que atuará em sede de inquérito policial, sendo, de acordo com o artigo 15 do PL, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”.

Na sequência, o artigo 17 prevê que o juiz que atuar na fase da investigação ficará impedido de julgar o processo judicial, separando, dessa forma, as competências de atuação pré-processual e jurisdicional, promovendo o efetivo distanciamento do julgador da fase investigatória.

Assim relata a exposição de motivos:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos

elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. (BRASIL, 2009, p. 18).

De forma semelhante entende Lopes Jr. (2012, p. 293) quando aborda a definição de “juiz garantidor”, conforme segue:

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um. (...) A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade (LOPES JR., 2012, p. 293).

O autor trata do tema abordando a necessidade da atuação de um juiz distinto, conforme suas palavras:

Sem dúvida é imprescindível instaurar uma fase intermediária contraditória, presidida por um juiz distinto daquele que irá sentenciar. Esse juiz poderia ser aquele que denominamos juiz garante da investigação preliminar, ou seja, aquele que atua na instrução preliminar para autorizar ou denegar a prática das medidas que limitem direitos fundamentais, sempre recordando que o juiz garante ou de garantias não atua no processo, preservando assim a imparcialidade do julgador. (2010, p. 305)

A nova postura pretendida pelo juiz é apenas a de assegurar os direitos do acusado ao decorrer da fase investigatória, e jamais a de colher elementos probatórios que, posteriormente, façam parte da convicção acerca da materialidade autoria do crime, já que não é o juiz destinatário dos atos de investigação, sendo justificado o assunto pela Comissão:

A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. (BRASIL, 2009, p. 18).

Com as propostas do Anteprojeto, há, portanto, a inversão da regra da prevenção como forma de estabelecer a competência para julgar, prevista pelo atual CPP no seu artigo 83, em que verifica-se a prevenção quando “praticado algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa.”

A regra pretendida pelo Projeto Lei em questão é que o juiz que decidir qualquer ato relativo ao inquérito policial torna-se impedido de atuar na fase processual, não

podendo julgar o processo, exceto nas Comarcas ou Seções Judiciárias “onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição” (artigo 748).

É com o que concorda Rangel (2011, p. 77), ao discorrer sobre a modalidade de prevenção do atual código e sua inconformidade com o sistema acusatório, sendo que este “quer, a todo custo, manter o juiz longe da persecução penal e, conseqüentemente, garantir a sua imparcialidade para que o deslinde da questão possa se dar de forma justa e garantista”.

Continua o autor:

Diante da necessidade de se preservar ao máximo a imparcialidade do órgão jurisdicional é que defendemos a criação do “juiz de garantias”, isto é, de um juiz que atuaria na fase do inquérito apenas para analisar os pedidos de medida cautelar real ou pessoal diferente do juiz que irá exercer eventual juízo de admissibilidade da pretensão acusatória. Um juiz que atuaria apenas na fase de investigação. (RANGEL, 2011, p. 77).

Assim, encerrada a fase de investigação, a peça acusatória deveria ser encaminhada a outro juiz, que não teve participação alguma na fase pré-processual, de forma a assegurar a imparcialidade do magistrado e garantir que o sistema acusatório possua suas características respeitadas, sem resquícios de uma fase inquisitiva.

6 CONCLUSÃO

Conforme objetivo do presente artigo, foram estudadas as questões decorrentes da possibilidade instrutória por parte do juiz, ante a previsão constante do art. 156, inc. I do CPP e a decorrente contaminação inconsciente do magistrado, já que, ao atuar ativamente na fase pré-processual, leva consigo, para a fase judicial, os elementos de investigação colhidos, afrontando de forma direta a garantia da imparcialidade do juiz, ante o convencimento formado anterior à fase do contraditório

Viu-se que a falácia da busca pela verdade real e a motivação já formada e mascarada pelo discurso constante da sentença são resquícios de uma fase inquisitória, incompatíveis com o constante na Carta Maior, no que concerne as garantias e direitos do réu.

A previsão do “juiz de garantias”, presente no anteprojeto do Código de Processo Penal, por outro lado, justifica-se ante a preocupação com a insustentável proximidade do julgador com as provas colhidas na fase pré-processual, trazendo ao projeto de reforma a

mais importante mudança na atual lei infraconstitucional: o juiz que atuar na investigação, não poderá julgar a ação penal, de forma a garantir as características do sistema acusatório.

Dessa forma, diante dos elementos estudados na presente pesquisa, concluiu-se pela urgente e necessária reforma infraconstitucional, de forma a aplicar o instituto previsto pelo anteprojeto, qual seja, o “juiz de garantias”, bem como a mudança trazida quanto à inversão da atual regra da prevenção como competência, passando a julgar o processo um juiz diverso daquele que atuou na fase investigatória, de forma a garantir a verdadeira distância entre o julgador e a atividade probatória da fase pré-processual, assegurando que o princípio da imparcialidade do magistrado não seja mascarado perante os resquícios de um sistema inquisitório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 27.10.2014.

_____. **Projeto de Lei do Senado n. 156/2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 192.410/MS**, Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgamento: 11 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 214.007/SP**, Relatora: Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgamento: 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0003254-82.2015.8.24.0075**, de Tubarão. Relator: Des. Sérgio Antônio Rizelo. Julgamento: 12 abr. 2016. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, n.4, jan/fev/mar, 2000.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

KHALED JR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A., 2013

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume I.** 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 18º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 18º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.