



A ADEQUAÇÃO DO ART. 212, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

SANTOS, Isabela Reichembach dos¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO:

O presente estudo tem por objetivo apresentar e compreender o funcionamento da atividade probatória do juiz no âmbito do processo penal à luz do devido processo legal. Através de pesquisas doutrinárias e de análise à legislação, será iniciada uma discussão sobre os perigos de um juiz-instrutor e de que forma esse instituto pode causar ofensa ao princípio constitucional que dá nome a este trabalho. Nesse contexto, serão explorados os três (principais) modelos de processo penal existentes, expondo qual deles é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, além da análise crítica em relação aos demais paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: imparcialidade, provas, devido processo legal.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é um ramo do direito que comporta uma infinidade de tópicos e problemáticas. Entre eles, possui grande relevância “a atividade probatória do juiz”, tópico este que vem recebendo ainda mais atenção após o advento do Pacote Anticrime, introduzindo a figura do juiz das garantias e trazendo mudanças no que tange à gestão das provas. O juiz-ator, no que lhe concerne, possui relação direta e indissociável com a ideia do devido processo legal e, de certa forma, pode se mostrar incompatível com esse ideal em determinados momentos.

Dessa forma, por meio deste trabalho, busca-se discorrer justamente sobre a relação de simbiose entre a imparcialidade do juiz presidente da ação penal e o devido processo legal, e de que forma a presença de um juiz-instrutor pode ferir esses dois princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

¹ Isabela Reichembach dos Santos. Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAG. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras. E-mail: irsantos2@minha.fag.edu.br.

² Lucas Paulo Orlando de Oliveira. Professor do curso de Direito do Centro Universitário FAG. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras. E-mail: lucasoliveira@fag.edu.br.



2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. A FUNÇÃO DO MAGISTRADO ENQUANTO REPRESENTANTE DO ESTADO

Para a garantia de um processo justo e imparcial é necessária a presença de uma figura juridicamente desinteressada ao resultado do processo, visando, tão somente, propiciar a devida aplicação da lei. O Estado, por sua vez, reservou para si o monopólio da jurisdição, proibindo a autodefesa e, assim sendo, parece justo que seja ele o responsável pela fiscalização e andamento da relação processual.

Segundo Fernando Capez (2022), a jurisdição é uma função de titularidade do Estado, materializado na pessoa do juiz, e este, reafirmando a autoridade da ordem jurídica, aplicará o direito no caso concreto, pautado na imparcialidade, almejando a solução pacífica da lide e a verticalização da relação entre Estado e particular. Dessa forma, a grande responsabilidade do juiz é exercer a jurisdição, representando o Estado enquanto um “terceiro” na relação processual, figurando como garante dos direitos das partes.

No entanto, para que a prestação jurisdicional surta eficácia, é necessária a figura de um juiz-espectador natural e imparcial, conforme artigo 5º, caput e inciso LIII, da Constituição Federal (CF). Isso é necessário para que haja equilíbrio dentro da relação processual pois, a partir do momento em que o juiz assume a posição de ator, automaticamente uma das partes será beneficiada e a outra será prejudicada. Nesta esteira, entende Lopes Júnior (2019) que, na esfera do processo penal, o Magistrado possui a função de garantidor da eficácia do sistema de direitos, bem como, das garantias fundamentais.

A maior ou menor participação do Juiz na instrução processual é um dos elementos determinantes para a caracterização da imparcialidade pretendida. Nesse sentido, passa-se à análise crítica do art. 212, parágrafo único do Código de Processo Penal, com o objetivo de identificar se há ou não a preservação da imparcialidade do magistrado, quando o referido dispositivo permite que haja a elaboração de quesitos por parte do Juízo quando da produção de prova oral.



2.2. O JUIZ-INQUISIDOR COMO AFRONTA AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O ordenamento jurídico comporta três sistemas processuais penais distintos, sendo eles: sistema acusatório, sistema inquisitivo e o sistema misto. No sistema acusatório, existem separadamente as figuras do órgão acusador, do órgão defensor e do órgão julgador. Dessa forma, assegura-se ao réu o direito ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, no sistema acusatório incumbe à acusação o ônus da prova, enquanto à defesa caberá a tarefa de apresentar eventual causa excludente de ilicitude.

No entendimento de Marcão (2021), o sistema acusatório possui uma base principiológica, estando pautado em vários princípios, como o devido processo legal (que engloba também o contraditório e a ampla defesa), a dignidade da pessoa humana, a igualdade processual e a imparcialidade do juiz.

No sistema inquisitivo, por sua vez, os poderes de acusar, defender e julgar são concentrados unicamente na figura do Magistrado, inibindo o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado. Neste sistema, o réu é visto como mero objeto de persecução. Já no sistema misto, há uma divisão de funções, como ocorre no sistema acusatório, mas em determinadas situações o Magistrado poderá substituir as partes, assim como no sistema inquisitivo.

O sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, consagrado através da Lei 13.964/2019, que introduziu no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 3º-A, a previsão de uma estrutura acusatória no processo penal, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e também a substituição da atuação probatória do órgão acusador. Muito embora o supracitado dispositivo encontra-se suspenso, o sistema acusatório já vigorava antes mesmo da Lei 13.964/2019, como podemos extrair do artigo 129, inciso I, da CF.

Ocorre que, apesar dos vários dispositivos que confirmem o sistema adotado no Brasil, existem outras disposições que divergem totalmente da ideia de uma classificação acusatória, como é o caso do artigo 212, parágrafo único, do CPP. Ao permitir que o juiz aja como ator no processo e complemente a inquirição, a norma reúne no juiz as funções de julgar e produzir provas, ato típico do sistema inquisitivo e contrário ao que se propõe em nosso ordenamento jurídico.

Na visão de Brasileiro (2020), a figura do juiz-inquisidor e o sistema inquisitivo como um todo, são incompatíveis com os direitos e garantias individuais pois, nesse modelo, não existem



limites para a elucidação dos fatos, podendo ser utilizada, inclusive, a tortura, além de violar a Constituição Federal, bem como, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Deste modo, é inegável a presença de resquícios de um sistema inquisitivo no conjunto de normas brasileiro. No entanto, ao permitir-se essa atividade, há um grande retrocesso no que diz respeito ao devido processo legal e à imparcialidade do Juiz.

2.3. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A gestão de provas dentro do processo penal, em regra, compete às partes, por força do artigo 156, 1ª parte do *cáput*, do CPP. No entanto, existem dispositivos que aderem à atividade probatória ao juiz. Assim, apesar de o processo penal em sua estrutura acusatória ter desincumbido o Juiz da gestão probatória, a lei estabelece algumas situações em que ele poderá agir, supletivamente, com o fim de reunir elementos para a formação de sua convicção (GONÇALVES *et al*, 2022).

Cumprido esclarecer que a produção de provas não é uma obrigação processual, e sim uma faculdade das partes. É por meio das provas que os litigantes irão comprovar a existência e a legitimidade do direito pleiteado, seja a prova documental, pericial, etc. Também é por meio das provas que a parte poderá refutar o pleito de seu oponente. Ou seja, a instrução é de interesse das partes, elas utilizarão os meios de prova para benefício próprio. Assim, importa dizer que, ao assumir a posição instrutória, o Magistrado age em benefício de uma das partes, automaticamente causando dano à outra.

Por isso, nos parece que, apesar das inúmeras previsões que confirmem a adoção do sistema acusatório, o legislador insiste em aplicar, mesmo que excepcionalmente, disposições provenientes de uma estrutura inquisitiva, resultando na subsistência de um modelo misto. Isso porque, apesar da divisão de funções e da observância das garantias fundamentais, o Magistrado assume a produção de provas sempre que entender necessário.

Norberto Avena (2017), discorrendo sobre o tema, nos oferece duas opções: declarar a inconstitucionalidade desses dispositivos, ou conferir a essas disposições a devida interpretação conforme nossa Carta Magna, mas repudia a coexistência entre os sistemas acusatório e inquisitivo.



Em uma análise correlacionada entre o processo penal e os princípios constitucionais, Badaró (2018) argumenta que o modelo de devido processo legal no Brasil deve desenvolver-se de modo a respeitar a ampla defesa e o contraditório, em prazo razoável e perante um juiz natural, por meio de atos públicos e decisões devidamente motivadas, assegurando ao acusado a presunção da inocência.

Assim, parece persistir certa instabilidade no tocante à gestão de provas, à atuação do juiz na instrução e à incidência de outros modelos processuais penais na ordem jurídica, em razão de muitas vezes não haver estandardização quanto a tais temas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que fora exposto ao longo deste trabalho, deve-se considerar a ideia de que a atividade probatória do juiz poderia, em determinados casos, ocasionar ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que, ao participar ativamente da instrução, o Magistrado automaticamente formará pré-juízos que serão considerados no momento de julgamento do processo e de aplicação da pena em desfavor do acusado e, ainda, caminhar no sentido da uniformização desses entendimentos, em busca da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 07 ago. 2022.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPODVIM. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.