

O papel do magistrado na efetivação do princípio do contraditório no processo penal

Dr. Felipe Martins Pinto*

1 Histórico da função judicante

Perquirindo-se a origem história da função judicante, verificar-se-á a sua existência desde os povos mais primitivos, sendo que, nestes, as diversas funções do Estado, inclusive a jurisdicional, aparecem entrelaçadas e entregues a um único órgão.

O período feudal pulverizou o poder do Estado: os diversos senhores feudais eram verdadeiros déspotas em sua porção de terras, não reportando suas ações ao rei, que consistia em mera figura decorativa. Dentro deste contexto, existia o tribunal real, que jamais ousava contrariar os interesses dos senhores feudais, e, paralelamente, existiam outros tribunais que se tornaram necessários para dirimir litígios entre os proprietários de terra e os arrendatários, tribunais estes sempre informados pela regra que atribuía aos primeiros a tarefa de fazer justiça aos segundos¹.

Neste momento histórico, os julgadores não possuíam autonomia, mas, muito pelo contrário, estavam vinculados aos senhores feudais e, por esta razão, não podiam desagradá-los. Dessa maneira, as decisões dos tribunais eram manipuladas para atender aos interesses daqueles senhores. A estrutura política entrelaçada com o poder jurisdicional impedia que o provimento fosse gerado de forma legítima, a partir da discussão em contraditório entre as partes. A função jurisdicional cumpria o papel de fortalecer e perpetuar o poder dos senhores feudais.

O crepúsculo do Feudalismo propiciou o rearranjo da estrutura de poder do Estado, que novamente retornou para as mãos do governante. Buscou-se implodir a impunidade estabelecida no sistema feudal e estabelecer um novo método para o julgamento dos delitos cometidos. Foram criadas normas rígidas que mitigavam a liberdade do julgador, limitando-se, desta forma, a personalidade que predominava no exercício da função do juiz.

Dessa reestruturação processual, surgiu o processo inquisitório, desaparecendo a frágil relação processual triangular que existia e nascendo uma relação linear entre o juiz e o réu, tendo este último se tornado um objeto de investigação e passado a sofrer tormentos físicos e psicológicos terríveis, sob o pretexto de se investigar a verdade real dos fatos.

No exercício da investigação, o julgador, despido de liberdade, seguia cegamente o protótipo de código penal e de processo penal da época, o Martelo das Bruxas ou *Maleus Maleficarum*, no qual estavam descritas as infrações, as respectivas punições e os ritos, contendo, inclusive, relatos de torturas que serviam de referência para os juízes-inquisidores.

Durante a inquisição, os julgadores-acusadores valiam-se da instrução processual não para formar o seu convencimento, mas para obter elementos que corroborassem a acusação por eles formulada. Para estes juízes-inquisidores quanto menores fossem as oportunidades de defesa do acusado,

(*) Advogado Criminalista. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Diretor de Comunicações do Instituto de Ciências Penais.

¹ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 278.

mais fácil seria a sustentação da acusação por eles apresentada. Assim, a sentença condenatória era o triunfo das alegações do magistrado formuladas na exordial.

A partir do ano 1276, o Rei Henrique II organizou o sistema repressivo na Inglaterra, introduzindo garantias aos réus, com o objetivo de extirpar as atrocidades até então praticadas. Valendo-se dos *juízes ambulantes ou juízes de circuito*², que permitiam que o poder real se aproximasse do povo, os julgamentos alcançavam o interior do país, garantindo a solução dos litígios, inclusive dos indivíduos pertencentes às camadas inferiores da sociedade. Ademais, nos julgamentos, passou-se a ouvir os presos e a relaxar a prisão provisória dos mesmos, nos casos de descabimento.

Ademais, estes juízes ambulantes, freqüentemente, debatiam sobre os casos mais inquietantes e, a partir destas discussões, estabeleciam as referências para os julgamentos futuros, originando-se desta estrutura o sistema *Common Law*.

Em 1789, a partir das influências dos ideais iluministas, ocorreu a Revolução Francesa, havendo sido proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e iniciando-se uma busca pela defesa dos direitos individuais. O julgador deixou de exercer a função de acusador, agora desempenhada pelo representante do Ministério Público, e o acusado, não mais objeto do processo, conquistou direitos e garantias que, em razão da natureza liberal do Estado, mantiveram-se apenas no plano formal.

A supressão da função acusatória da pessoa do magistrado consistiu em um passo fundamental para viabilizar a construção do atual modelo de princípio do contraditório, pois assentou o Julgador em uma posição equidistante das partes, retirando-lhe a parcialidade que o modelo inquisitorial lhe havia outorgado.

Na história do Brasil, desde a Constituição de 1824, reconhece-se a função judicante como integrante dos Poderes do Estado³. No entanto, neste momento histórico, havia uma estreita vinculação entre o Imperador e o magistrado, sendo que cabia ao primeiro nomear os magistrados⁴. Ademais, apesar dos destaques que o texto constitucional imprimiu à independência do Poder Judicial e à perpetuidade dos juízes de direito, não lhes foi assegurada a inamovibilidade⁵, sendo, ainda, facultado ao Imperador suspender os magistrados por faltas praticadas⁶. Esta subordinação do Poder Judicial ao Imperador comprometia a autonomia dos magistrados e, conseqüentemente, inviabilizava a adequada observância do princípio do contraditório.

Paulatinamente, as Constituições subseqüentes foram conferindo aos membros da Magistratura novas garantias e foram desvinculando o Poder Judiciário do Poder Executivo, assegurando, desta maneira, uma progressiva autonomia para o exercício da função judicante, a qual culminou com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que propiciou uma alteração substancial na natureza do Estado, retirando as vendas postas pelo modelo ditatorial e abrindo os olhos de todos para um fecundo horizonte de liberdade e participação do povo nas emanações de poder do Estado.

² TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 281.

³ “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

⁴ “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

(...)

III. Nomear Magistrados”.

⁵ “Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

⁶ “Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei”.

Contemporaneamente, o Poder Judiciário, além das garantias previstas pelas Constituições anteriores, alcançou novas prerrogativas e vive hoje o apogeu de sua independência, possuindo, inclusive, a autonomia financeira e administrativa.

Esta independência do Poder Judiciário propicia o terreno adequado para o florescimento de uma estrutura processual democrática, balizada na simétrica igualdade de posições das partes. O magistrado pode zelar pela adequada observância do princípio do contraditório sem o receio de sofrer prejuízos profissionais e sem o risco de ser afligido por retaliações advindas dos demais Poderes constituídos do Estado.

O fortalecimento do Poder Judiciário é condição *sine qua non* para a edificação de um modelo democrático de Estado, que pressupõe a participação dos indivíduos não apenas na escolha dos governantes, mas em todos os estratos de poder. Nesta tarefa, os tribunais são os elos entre os indivíduos e o Estado, zelando para que todas as lesões a direitos individuais ou coletivos sejam apuradas e caso e, quando couber, sejam devidamente reparadas.

2 O magistrado como elemento indispensável para a efetivação da estrutura processual penal democrática

Ao observar o aparato solene da cátedra, das togas, da prisão, dos penachos dos carabineiros atrás do juiz-presidente, do Ministério Público que acusa, dos advogados que defendem, do público que assiste, entre tenso e apaixonado, é fácil as pessoas terem a ilusão de que o que sai dos lábios do juiz, ao final do processo, é a verdade. Pode ocorrer de a sentença exprimir a verdade, no entanto, ninguém o sabe. Poder ser que sim, pode ser que não".⁷

A busca do ideal de justiça e da verdade dos fatos deve sempre iluminar a mente dos operadores do Direito, como diretriz ética a ser seguida, não devendo o seu papel ultrapassar este patamar, sob pena de tornar fictícia e fantasiosa a aplicação do Direito.

O ordenamento jurídico contemporâneo rompeu os discursos falaciosos que outorgavam matizes transcendentais à atividade judicante, conferindo ao julgador, em alguns momentos históricos, excessivos poderes e arrogando-lhe, freqüentemente, atribuições compatíveis com a condição de deuses. Nesses momentos em que houve a deturpação da tarefa dos julgadores, viveram-se terríveis injustiças e perseguições, tendo o medo e a insegurança assombrado a coletividade.

Superados esses funestos períodos, hoje a Magistratura, sob a égide da ordem democrática, tornou-se o órgão catalisador dos direitos e das garantias dos indivíduos, contribuindo para a efetivação do conteúdo genérico e abstrato das normas positivadas.

Na verdade, hoje, o magistrado, em vez de desempenhar o *papel de um xamã ou de um sacerdote encarregado de fazer justiça a qualquer custo, tornou-se um indivíduo mais comprometido com os valores éticos da pessoa humana e a necessidade de sua preservação*.⁸

Inserido no atual modelo de processo, em sintonia com os preceitos do Estado Democrático de Direito, o magistrado, como terceiro em relação aos efeitos do provimento, não participa em contraditório com as partes, ele não integra o jogo do dizer e do contradizer. Mas a sua importância é fundamental

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 75.

⁸ SUANNES, Adatao. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 69.

para a segura aplicação do princípio supramencionado, uma vez que cabe a ele garanti-lo, assegurá-lo e fazê-lo observar, impedindo qualquer violação ao mesmo.

Tem-se um equívoco a afirmação de que o magistrado não tem interesse no resultado do processo. A ele não interessam as decorrências concretas do provimento: a condenação ou a absolvição do usuário de drogas que está sendo processado pouco importa para o julgador. No entanto, ao juiz importa que o resultado do processo seja a consequência de um caminho construído pela distribuição equânime das oportunidades processuais às partes, ou seja, ao magistrado interessa que haja a justiça procedimental.

O princípio da publicidade e o princípio do duplo grau de jurisdição têm relevante assento na concretização das diversas prerrogativas decorrentes do princípio do contraditório, pois permitem às partes o controle das ações do juiz, podendo as mesmas se insurgir contra eventuais inobservâncias ou equívocos do julgador.

Vale lembrar que ao Estado Democrático de Direito não é suficiente a garantia formal, ou a simples declaração de um princípio. Dessa maneira, o juiz guiará o desenvolvimento do contraditório, devendo, sempre, fornecer as informações às partes, garantindo, ainda, que a informação seja dada, facultando ao acusado a possibilidade de reagir, de refutar, de defender-se ou de contra-atacar, possibilidade esta que dependerá da livre determinação do mesmo às partes, uma vez que o contraditório possui dupla face, sendo um dever para o Estado, que é obrigado a facultar todas as situações de defesa em direito admitidas e consistindo em um direito ao acusado que poderá ou não ser efetivamente implementado no desenvolvimento dos atos processuais.

O artigo 16 do Novo Código de Processo Civil Francês, de forma expressa e clara, determina a postura a ser adotada pelo julgador, para a efetiva aplicação do contraditório no decorrer dos atos processuais:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

No que se refere ao papel de elaborar o provimento, a adequada interpretação do alcance do princípio do contraditório retira o magistrado de sua solitária posição, acomodando-o junto às partes que o auxiliam na construção da decisão final.

O provimento jurisdicional nascerá da fecunda participação das partes, articuladas com a batuta do magistrado, que zelará pela paridade de armas na disputa processual, asseverando pela equânime distribuição às partes das oportunidades que surgirem no curso do processo.

O esforço conjunto do magistrado e das partes produzirá uma decisão legítima, erguida a partir da contribuição das mesmas, garantindo-se, dessa maneira, a efetiva realização de justiça no âmbito processual.

Em sua digna função de conduzir as rédeas processuais, o magistrado vivencia quotidianamente a frustração de testemunhar direitos esvaindo-se na prateleira da secretaria em razão da morosidade da marcha processual, lentidão esta a qual permite que criminosos contumazes escaqueiem do Estado-Jurisdição, diante da patente impunidade gerada pelas reiteradas prescrições.

Entretanto, esta pertinente inquietação e a consequente busca de maior celeridade, simplicidade e eficácia processuais não podem, jamais, em hipótese alguma, fragilizar o princípio do contraditório,

pois o desrespeito ao contraditório extirpa a possibilidade de se alcançar uma decisão justa, na medida em que impede a existência de justiça dentro do processo, consubstanciada, vale lembrar, na distribuição equânime e paritária das possibilidades processuais.

Referências bibliográficas

FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori saggi*. Torino: G. Giappichelli, 1999.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2001.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 5. ed. Turim: G. Giappichelli, 2002.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giapichelli, 1995.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

-:-:-