

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ COMO ELEMENTO IMPEDITIVO DO PLENO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO PENAL

André Rocha Sampaio.¹

Joane Marcelle de Oliveira e Silva.²

Marcos Eugênio Vieira Melo.³

Resumo

O presente estudo tem como objetivo demonstrar os prejuízos trazidos ao valor/princípio da imparcialidade e, por conseguinte, à Constituição Federal, quando a gestão (iniciativa) probatória encontra-se facultada ao julgador, posto que ao escolher produzir determinada prova o juiz sai da esfera de espectador e passa a integrar o local pertencente às partes, enquanto juiz-ator, ferindo diretamente a estrutura dialética do processo. Posto isto, acredita-se que a iniciativa referente à produção de provas deve pertencer exclusivamente às partes, possibilitando, assim, ao magistrado, a situação de alheamento necessária para a sua captura psíquica desprovida de impressões parciais. Para tanto, foram utilizados como marco teórico de nossas reflexões os autores Aury Lopes Jr., Luigi Ferrajoli e Rui Cunha Martins. Assim sendo, concluiu-se que a produção probatória deve ser iniciativa permitida unicamente às partes e jamais ao julgador, sob pena de afronta à heterocomposição, ao sistema acusatório e em última análise, ao Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Imparcialidade; Verdade; Sistema acusatório; Democracia.

Abstract

The current study has as a goal to show the damage brought to the value/principle of impartiality and, consequently, to the Federal Constitution, when the proof management (initiative) is an hypothesis for the judge activity, because when the judge chooses to produce certain proof he loses his role of spectator and starts to integrate the place belonged to the parts, while an actor-judge, breaking directly the dialectical structure of the penal process. Then, the initiative related to the proof production must belong exclusively to the parts, making possible, thus, the distance necessary for the magistrate to have his conviction captured without partial impressions. For this, we used as theoretical mark for our reflections the authors Aury Lopes Jr., Luigi Ferrajoli and Rui Cunha Martins. Hence, it was concluded that the proof production must be an initiative allowed exclusively to the parts and never to the judge, with the possibility of damage to the heterocomposition, to the accusatory system, and finally to the Democratic State of Law.

Keywords: Impartiality; Truth; Accusatory system; Democracy.

1. Introdução

¹ Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Especialista em Ciências Criminais pela ESAMC, professor adjunto do Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). E-mail: andrerochasampaio@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Associação Nacional de Estudos Transnacionais (ANET). E-mail: joanemarcelle@hotmail.com.

³ Pós-Graduando em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). E-mail: marcos.evmelo@gmail.com.

No modelo processual penal brasileiro existe o permissivo legal para que o juiz possa, independentemente de requerimento das partes, produzir provas durante a instrução criminal. No entanto, há que se observar que tal iniciativa confronta diretamente o valor/princípio da imparcialidade, visto que o julgador afasta-se da esfera de mero espectador e assume uma postura de ator, fragilizando, dessa forma, a estrutura dialética do processo penal.

Buscando demonstrar tal afirmativa, o presente artigo será estruturado em três partes. Em um primeiro momento, é necessária a abordagem das categorias sistêmicas do processo penal, as quais classificam os modelos processuais existentes entre acusatório, inquisitório ou ainda, “misto”. Partindo-se do pressuposto da maior correlação entre o sistema acusatório e o Estado Democrático, primam-se por características ínsitas ao modelo em questão.

Em seguida, adentraremos diretamente na temática da imparcialidade, primeiramente, a distinguindo da suposta neutralidade e, posteriormente, abordando dimensões presentes em sua composição, quais sejam, a *imparcialidade*, a *terzietà*, e a heterocomposição. Por fim, tornar-se-á imprescindível para a completa demonstração da problemática, uma abordagem da verdade no processo penal. A busca da verdade real tem se tornado o principal alibi legitimador de todo tipo de excesso judicial; em relação especificamente à imparcialidade, ela acaba por estruturar vias de contaminação nocivas à construção da convicção do julgador.

A imparcialidade e a verdade configuram elementos de suma importância à categorização de um modelo processual. Qualquer sutil alteração na relação entre os elementos em questão resulta na degeneração do sistema acusatório para o inquisitório em evidente prejuízo ao caráter democrático do processo penal.

2. Considerações sobre os Sistemas Processuais e o Papel do Magistrado.

Valendo do léxico processual tradicional, entende-se que a classificação dos sistemas processuais em acusatório e inquisitório (ou misto, para alguns) está relacionada com a produção das provas e a função dos sujeitos nela participantes⁴.

⁴ Entendemos que a adoção de qualquer dos sistemas vai além de simples opção legislativa, tendo origens em raízes mais profundas, emanando da própria concepção do Estado que estabeleceu o sistema processual: “De modo geral, o sistema acusatório é mais sensível a satisfazer a liberdade do cidadão, enquanto o sistema inquisitorial é mais sensível à necessidade de assegurar a punição dos culpados: tanto é assim que o processo acusatório é considerado como expressão típica do Estado liberal democrático, enquanto o processo inquisitorial é considerado

O processo acusatório teve sua origem na Grécia antiga e tinha como conceito a separação determinada entre as partes do processo penal, ou seja, acusador, defensor e julgador, distintos⁵. Como destaca Eugênio Pacelli o principal atributo do modelo acusatório seria “além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação”⁶.

Aury Lopes Jr.⁷ traz como características do sistema acusatório na atualidade: clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento em regra oral (ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição⁸.

Porém este sistema não mais atendeu aos interesses políticos conforme se entrava na Idade Média, sustentando o discurso de que as partes não estavam agindo com eficácia para ir atrás da persecução criminal, comprometendo o “combate à delinquência”. Posto este que quem deveria assumir, segundo seus defensores, era o próprio Estado que estava interessado na “solução dos conflitos”⁹.

Com isto, o magistrado, que no sistema acusatório tinha somente a função de julgar, passou a invadir a esfera de atribuição do acusador e ir atrás das provas, mudando radicalmente

um congenial do Estado autoritário” (PISAPIA, Gean Domenico. *Appunti di procedura penale*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973. Vol. I, p. 53, tradução nossa).

⁵ Para Geraldo Prado, sendo necessário para caracterizá-lo, satisfatoriamente, realizar “observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções” (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126).

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1, p. 60.

⁸ Nesse sentido, Gustavo Badaró: “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual a acusação e a defesa se contrapõem em igualdade de posições e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20).

⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Cit., p. 63.

a estrutura processual penal, abandonando-se a simbologia do “duelo” entre acusador e acusado, em paridade de armas, para uma estrutura vertical, na qual determinado órgão passa a jungir as funções de acusar e julgar a causa¹⁰. Como destaca Jacinto Coutinho¹¹, “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”.

Em outras palavras, o inquisidor, diante do conhecimento do cometimento de algum delito passa a agir de ofício, sem a necessidade de provocação, podendo utilizar dos mecanismos mais cruéis que entender como forma de apuração da suposta violação penal¹², com a justificativa de que estava punindo os descumpridores dos comandos de Deus¹³.

Foucault¹⁴, ao analisar esse sistema processual, afirmou que:

Todo processo criminal, até a sentença permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas¹⁵.

Importante ressaltar, também, que no sistema processual inquisitório a prisão é regra, ou seja, que o acusado deve ficar recluso de maneira provisória durante todo o curso processual, como forma de impedir burlas para se chegar à verdade real e/ou prevenir que o acusado, em comunicação com o mundo exterior, possa desvirtuar os caminhos regulares do processo¹⁶.

Percebe-se, portanto, que nesse sistema o acusado é mero objeto do processo, não se podendo falar em relação processual ou no acusado como sujeito de direitos:

As características do sistema conformavam uma objetificação de corpos: para o inquisidor, era necessário dispor do corpo do herege. Esse corpo era esquadrihado, decomposto analiticamente e recomposto como objeto de um saber possível, de acordo com a conformação dogmática de um conjunto de verdades e procedimentos preestabelecidos¹⁷

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Cit., p. 63.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26 – 51, 2001, p. 23.

¹² Nesse contexto, “A confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade” (KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal Brasileiro – Acusatório, Misto ou Inquisitório? Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago de 2010, p. 295).

¹³ GOLDSCHMIDT, Werner. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67 e ss.).

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Cit., p. 37.

¹⁵ Entretanto, importante verificar com Tornaghi que: “Realmente, o processo inquisitivo era escrito e sigiloso, mas essas formas não lhe eram essenciais. Pode conceber-se o processo inquisitivo com as formas orais e públicas” enquanto “O processo acusatório, por outro lado, em várias fazes do Direito romano, foi escrito e sigiloso” (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Vols. I e II, p. 200).

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Cit., p. 99.

¹⁷ KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal Brasileiro – Acusatório, Misto ou Inquisitório? Cit.*, p. 296.

Por todas essas características, considera-se o processo inquisitório como incompatível com os direitos e garantias fundamentais, violador dos mais elementares princípios processuais penais modernos¹⁸.

Nessa conjuntura, o magistrado não pode estar envolvido com nenhum argumento, devendo se manter equidistante às partes, já que um juiz que formula a acusação está “psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo”¹⁹. Em um Estado Democrático de Direito, não deve existir dúvida de que um juiz imparcial é requisito indispensável à um sistema processual-penal democrático²⁰.

Com efeito, importante apontar que as premissas de um processo penal democrático partem necessariamente de um instrumento de limitação de um poder punitivo estatal, “por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrável de qualquer preocupação democrática”²¹, tratando-se, portanto, do marco constitucional “como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”²².

Logo, não se pode admitir um modelo em que o juiz é considerado o “senhor do processo”, podendo buscar e produzir provas a qualquer momento (tanto na fase investigativa, como na fase processual), o que o faz sobremaneira a ter uma tendência acusatória, e ao final o mesmo juiz que irá julgar (ou acertar) o caso é aquele que buscou as provas²³.

3. A Fundamentalidade da Imparcialidade e o Estado Democrático de Direito.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. Cit., p. 23-24.

¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Cit., p. 128.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto? – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 54. Neste sentido: “O sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático”. Assim, “dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer o contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’. (...) Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático” (MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73).

²¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sinthoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.

²² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. Cit., p. 74-75.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Cit., p. 111.

Adotando o conceito de imparcialidade trazido por André Machado Maya²⁴, entende-se esta como um princípio supremo do processo, “pois dela decorre uma vinculação da conduta dos magistrados, que devem comportar-se na condução do processo como terceiros alheios ao interesse das partes.” De tal conceituação depreende-se o que Ferrajoli²⁵ denomina de *terzietà*, que, por sua vez, compreende a situação de alheamento a qual deve encontrar-se submetido o juiz no que tange ao interesse das partes, enquanto mero expectador processual, pois sua função limita-se a decidir qual das soluções apresentadas é verdadeira e qual é falsa.

Reforçando esse entendimento, Trujillo²⁶ concebe, ainda, a imparcialidade, como uma atitude ou valor central de uma ética relacionada ao devido respeito ao ser humano em função da igual dignidade inerente a toda e qualquer pessoa.

Nesse contexto importa mencionar a distinção existente entre imparcialidade e neutralidade, aquela enquanto essência da própria jurisdicionalidade e esta enquanto utopia, uma vez que, conforme ensina Portanova²⁷, “a imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição do *juiz-homem-individual* e a neutralidade, é um dado subjetivo relacionado ao *juiz-cidadão-social*, equação formada pela visão geral de mundo do magistrado.”

Seja através de Heidegger, Freud ou Jung há muito resta demonstrado que o ser humano, ao interpretar ou decidir, descarrega, nestes atos, uma carga valorativa correspondente às suas experiências, vivências, valores morais, sentimentos e afins. Sobre a proposição enquanto juízo, Heidegger²⁸ assegura que esta “não paira no ar desligada, a ponto de poder por si mesma abrir pela primeira vez o ente como tal; no entanto, ela já se detém como ser-no-mundo.”, assim como também o homem não existe por si, mas enquanto ser-no-mundo, posto tratar-se de uma simbiose com o externo, carregando consigo, ainda que inconscientemente, todas as impressões provenientes deste convívio.

²⁴ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 117.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 579/580.

²⁶ TRUJILLO, Isabel. *Imparcialdad*. México: UNAM, 2007, p. 47-52. Tradução nossa.

²⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 77/78.

²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 214.

Freud²⁹, com as teorias topográfica e estrutural, constatou a existência paralela de duas esferas mentais, uma consciente e outra inconsciente, a qual não se pode ter acesso por completo, no entanto, exerce sobre o homem a função de faroleiro, direcionando-o, iluminando determinados aspectos da mente que, a partir de tal conduta, passam a constituir o consciente.

Assim, sendo o homem um ser-no-mundo, com esferas mentais distintas, conscientes e inconscientes, passíveis de acesso ou não e constituídas em função, também, da simbiose com o externo, resta impossibilitada a ideia de neutralidade, haja vista as descargas valorativas realizadas quando dos atos de interpretar ou decidir, bem como a influência exercida pelo inconsciente na espécie humana.

Cumpra, ainda, esclarecer a diferença entre a imparcialidade e a *imparcialidade*, sendo esta configurada pela ausência de participação direta na lide ou de defesa do interesse de qualquer das partes e aquela, o alheamento ao objetivo das partes, proveniente do compromisso com o justo.

Para que tal imparcialidade seja alcançada, faz-se necessário um modo de resolução de conflitos por terceiros, sem que estes possuam qualquer interesse imediato no resultado da lide, além de serem estranhos às partes, noutras palavras, uma heterocomposição. Somente através deste modelo, no qual o julgador poderá ser escolhido pelas partes ou primordialmente determinado por certas instituições, é que tem-se a garantia de preservação da imparcialidade.

O modelo em questão constitui característica primeira de um sistema processual penal acusatório, que, por sua vez, deve ser rigorosamente observado em um estado democrático de direito, sob pena de afronta à própria democracia, visto que, conforme ensinamentos de James Goldsmith,³⁰ seria o processo penal o melhor termômetro democrático de um país.

As principais diferenças entre os sistemas acusatório e inquisitório encontram-se diretamente relacionadas à imparcialidade, posto que naquele tem-se a garantia de um juiz imparcial enquanto mero espectador e, como corolário, sem iniciativa probatória e neste, tem-se o oposto, um julgador-ator que acumula as funções de acusar e julgar. É Aury Lopes Jr.³¹ quem assegura que “quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador”.

²⁹ FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id.* In: Obras completas de Sigmund Freud – O Ego, o Id e outros trabalhos. v. XIX. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, pp. 27/29.

³⁰ GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Cit. p. 67.

³¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

É certo que Constituição Federal da República Federativa do Brasil não prevê expressamente a utilização de um sistema penal acusatório, no entanto traz em seu texto preceitos que coadunam-se claramente com o sistema em questão e repelem o modelo inquisitório, a exemplo, a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o juiz natural (art. 5º, XXXVII), a titularidade da ação penal pública exclusiva do Ministério Público (art. 129, I), dentre outros. Dessa forma, verifica-se que a proposta constitucional coaduna-se com um modelo acusatório.

Nessa senda, considerando encontrarmos-nos em um estado democrático de direitos, regido por uma Constituição Federal que claramente coaduna-se com um modelo de sistema acusatório, o qual, por sua vez, tem como corolário básico a imparcialidade judicial, esta há que ser rigidamente observada.

Importa esclarecer que, ao entendermos o processo como uma heterocomposição, é imprescindível, para a manutenção deste o exercício judicial dotado de imparcialidade. Neste sistema de resolução de conflitos o juiz encontra-se em uma relação tríade, em posição supra, enquanto julgador espectador, devendo manter-se alheio ao interesse das partes (*terzietà*)³², sob pena de afronta direta a imparcialidade em questão.

O compromisso do juiz resta adstrito à adequada solução da lide, no sentido em que esta precisa ser justa e equilibrada, em respeito aos princípios do devido processo legal, bem como contraditório e ampla defesa. Assim, nas palavras de Jacinto Coutinho³³ “

[...] a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão porque precisamos da coisa julgada.

Dessa forma, quando a gestão (iniciativa) da prova resta entregue nas mãos do juiz encontra-se ferido o contraditório, além da própria imparcialidade e, por conseguinte, o sistema acusatório e a Constituição Federal, haja vista o julgador deixar de ser mero expectador processual, como assegura a heterocomposição e passar a assumir função encarregada às partes, tornando-se, assim, um juiz-ator.

Quando o julgador assume a postura de inquisidor (juiz-ator), atuando ativamente na produção de provas, seja em função da acusação, seja em função da defesa, a necessidade de

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Cit. p. 579-580.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza e Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 176.

paridade de armas assegurada às partes resta prejudicada, posto que o juiz, em sua busca, encontra-se tendente a determinado lado, afrontando diretamente a imparcialidade e a estrutura dialética do processo.

Mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque, como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão.³⁴

Assim, em um estado democrático de direitos, ante a vigência de um sistema acusatório, onde imperam garantias constitucionalmente asseguradas não há que se falar na produção/gestão de provas por meio do julgador, haja vista a imprescindibilidade da manutenção da imparcialidade deste.

4. Entre Legitimações e Contaminações.

De todas as justificativas utilizadas para legitimar os poderes instrutórios de ofício do juiz uma se sobressai, qual seja a busca pela verdade “real”. Diferentemente do processo civil, dizem os manuais, o processo penal não pode se satisfazer com a verdade formal, do que fora levado aos autos; o juiz deve suprir eventuais deficiências das partes em prol da apreensão de toda *A-Verdade*, com “a” maiúsculo.³⁵

Normativamente encontramos o dispositivo autorizador no artigo 156 do Código de Processo Penal pátrio. Em seus dois incisos o artigo em questão autoriza o juiz a produzir de ofício provas tanto na fase preliminar do processo, fase investigativa, quanto na fase processual. No que tange à possibilidade de atuação de ofício na fase preliminar, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já pacificaram entendimento no sentido de não ser possível.³⁶

Todavia, o dilema se situa em seu inciso II, quando o Código dispõe que o juiz poderá, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Nesse ponto o elemento “verdade” é substituído por seu correlato psíquico: a certeza. Mas como funcionam esses elementos em nosso sistema processual penal?

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 356.

³⁵ Em sentido parecido, cf. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

³⁶ Por todos, cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Cit. pp. 396/7.

Desde uma perspectiva normativa, percebemos a relevância da parelha verdade/certeza para nosso processo penal. Em que pese as trezes vezes nas quais o código se refere ao termo verdade ou seus derivados, uma delas se destaca, quando no artigo 526 menciona que “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Fica evidenciado neste artigo a relação entre processo penal e verdade: aquele se encontra subordinado a esta, enquanto que determinado ato servir para a obtenção da verdade “consustancial” – ou teria querido o legislador dizer “real”? – ele não deverá ser anulado pelo descumprimento de formalidade prevista em lei.

Por outro lado a “dúvida” também tem sua função em nosso sistema. O artigo 386 do CPP, na senda do inciso LVII, artigo 5º, da Constituição Federal, determina que o juiz deve absolver o réu, entre outros motivos, se houver fundada dúvida acerca da existência do crime ou diante de qualquer inexistência de prova de que ele não concorreu com a infração penal.

Empregando uma hermenêutica sistêmica, inclusive com o artigo 156, o que percebemos é que o juiz apenas deve condenar diante da prova da existência do crime e da concorrência do réu para ele, havendo dúvida deve-se preservar seu estado jurídico de inocência, todavia a dúvida não é bem-vinda, visto que o processo penal serve para buscar a verdade “real” (consustancial), por isso ele pode lançar mão de produzir de ofício provas na fase processual para dirimi-las.

Se estendermos um pouco mais nosso raciocínio, partindo da hipótese de ser vedada ao juiz a iniciativa probatória, sua eventual dúvida apenas poderia resultar em absolvição para o réu, e, preocupado com o suposto custo social de se absolver um infrator, a lei o autoriza a sanar sua dúvida indo ele mesmo buscar o que precisa.

O raciocínio não possui falhas aparentes: o juiz é indivíduo devidamente selecionado e capacitado para ocupar cargo de alta relevância, logo se deve sempre depositar confiança em suas intenções. Com efeito, o juiz, bem intencionado, que sai de sua inércia para buscar provas que sanem suas dúvidas jamais poderia trazer qualquer prejuízo para o sistema acusatório ou, em última análise, para a democracia.

Entretanto, quando o juiz se digna a buscar provas ele o faz para procurar provas que acusem o réu – afinal de contas a dúvida, que persiste, advoga a favor do acusado! A concepção de que o juiz parte “neutralmente” em busca de provas, com o horizonte de projeção de resultados em absoluto equilíbrio, tanto para captar provas de acusação quanto de defesa se mostra anacrônica e divorciada da realidade.

A estruturação dessa sistemática parte do pressuposto de que é possível alcançar *A-Verdade*, de que ela é algo que se encontra pronto e acabado em algum ponto fora do sujeito e que bastaria a este se empenhar que poderia descobri-la – afinal ela se encontraria “coberta”, escondida em algum lugar, à espera de que alguém lhe retire o véu.

Todavia, o que se encontra fora do sujeito-juiz não é *A-Verdade*, mas no máximo um acontecimento, acontecimento este que, ao se tratar da questão criminal, encontra-se no passado, visto todo crime ser fato histórico,³⁷ sendo possível apenas o encontro do(s) vestígio(s) do acontecimento.

Expliquemos, ao buscar algo é impossível um agir neutro – ir buscar algo desprovido de valor para, em seguida, estabelecer um juízo de valor sobre ele; quando procuramos por algo o juízo de valor inelutavelmente antecede o acontecimento, de modo que menos que encontrá-lo para na sequência o apreciarmos, este o antecede, fazendo com que, no mínimo, o juiz se dispa da sua estética de imparcialidade (imparcialidade objetiva).

Ademais, diante desse cenário é perfeitamente possível encontrarmos o que Franco Cordero, trata de “primado da hipótese sobre os fatos”,³⁸ ou seja, o juiz que de tanto se apegar à hipótese que o retirou da inércia se cega para a sua incongruência com o acontecimento percebido (ou o percebe como melhor lhe convém), em outras palavras, acha exatamente o que queria encontrar independentemente do que tenha encontrado

Entretanto, o aspecto de maior incompatibilidade com o fato do juiz possuir iniciativa probatória ainda não foi aqui abordado. O artigo 156 em seu *caput* traz a informação de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, ou seja, o que a acusação alegar deverá provar e, caso a defesa queira produzir contraprova – afinal de contas lhe assiste a presunção de inocência – também precisará provar o que alega.

Nessa senda, quando o juiz produz provas de ofício ele age para comprovar a alegação sustentada por uma das partes, o que já foi devidamente abordado. Todavia precisamos ir além. Quando a acusação ou a defesa produz provas perante o juiz, o contraditório é estabelecido para que ele, no exercício de seu livre convencimento motivado, possa ser convencido por uma parte ou pela outra, em verdadeiro processo de captura psíquica.

Porém, quando o próprio julgador foi quem se dignou a produzir as provas de ofício, estabelecendo aprioristicamente juízo de valor por sobre os vestígios colhidos, como já

³⁷ KHALED JR., Salah H. *A produção analógica da verdade no processo penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

³⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino, Utet, 1986. p. 51.

previamente tratado, resta à parte prejudicada, normalmente a defesa, visto que a dúvida lhe favorece, tentar herculeamente convencer o próprio magistrado de que o valor atribuído aprioristicamente ao vestígio de acontecimento estava errado.

Com efeito, a prova perde seu caráter democrático e cede espaço à ocupação da evidência, que, nas palavras de Rui Cunha Martins, é

[...] o que dispensa prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*.³⁹ (grifo no original)

Em suma, ao agir como parte o juiz se deixa levar pela pulsão devoradora da evidência⁴⁰ e se torna uma espécie de pseudoparte dotada do poder de decidir a situação jurídica em questão. Assim, em última análise, legitimado pela busca de *A-Verdade*, ele se despe de sua imparcialidade e flerta com a contaminação da evidência, pondo em grave risco a irrupção de um modelo democrático de processo penal.

5. Considerações Finais

O aumento da criminalidade percebida coadunado com a crescente expansão do poder estatal fez com que surgisse, desde uma perspectiva histórica, um incremento nos poderes do juiz penal. À medida que se impera a visão de que o processo penal é, paralelamente, tanto um mecanismo de combate à criminalidade quanto, secundariamente, para se evitar a condenação de inocentes, a busca por uma verdade tida como “real” se mostrou missão primária.

A concepção da verdade utilizada, todavia, é a de uma verdade por correspondência entre os fatos narrados nos autos (por via da linguagem) e o acontecimento ocorrido no mundo da vida, de modo que bastaria certo empenho e a aplicação adequada de técnicas investigativas para que pudesse ser desvelada.

³⁹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: The Brazilian lessons*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 540.

Entretanto, com a superação gradual do pensamento disjuntivo, cartesiano, a verdade se irrompe em toda a sua complexidade, revelando um pouco mais o processo de sua construção; menos que descobrir *A-Verdade*, busca-se reconstruir – visto que nos referimos a fato histórico – *Uma-verdade* constitucionalmente válida, pois produzida em contraditório judicial público.

A gestão da prova precisa se encontrar nas mãos das partes, os verdadeiros atores, os que possuem interesses a serem defendidos em um processo; o juiz, por sua via, necessita preservar ao máximo sua imparcialidade em todas as suas dimensões justamente para se mostrar mais apto a decidir qual das partes conseguiu, com sua respectiva defesa de interesses, ser bem sucedida no processo de captura psíquica do juiz.

O custo da configuração anacrônica que ainda reina é o da perda da imparcialidade. Esta, elemento fundamental da jurisdição em um Estado Democrático de Direito, impende um juiz espectador, não ator, o que, por sua vez, nada tem a ver com o juiz fragilizado. O juiz que toma a iniciativa probatória age como parte, tem seus interesses (con)fundidos com os de determinada parte e estilhaça a imparcialidade objetiva em sua dimensão ôntica, de estética de imparcialidade.

Menos do que uma preocupação com o sistema em que nos enquadrados – acusatório, inquisitório ou “misto” – o real prejuízo é à democraticidade presente no modo de se abordar a questão criminal em um Estado Democrático de Direito. O que se percebe é que tal modelo, de “fortalecimento” do juiz, acaba, inexoravelmente, por fragilizar a democracia.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal.* 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale.* Torino, Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza e Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito.* In: *Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAMPAIO, A.R.; MARCELLE. J.; MELO, M.E.V. *A iniciativa probatória do juiz como elemento impeditivo do pleno exercício democrático da jurisdição penal*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26 – 51, 2001.

_____. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 38ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id*. In: Obras completas de Sigmund Freud – O Ego, o Id e outros trabalhos. v. XIX. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15. ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petópolis: Vozes, 2005.

KHALED JR., Salah H. *A produção analógica da verdade no processo penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015.
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

_____. O Sistema Processual Penal Brasileiro – Acusatório, Misto ou Inquisitório? *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago de 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

_____. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAMPAIO, A.R.; MARCELLE. J.; MELO, M.E.V. *A iniciativa probatória do juiz como elemento impeditivo do pleno exercício democrático da jurisdição penal*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n.º. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di procedura penale*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973. Vol. I.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto? – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Vols. I e II.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialdad*. México: UNAM, 2007.