**"A BUSCA DA VERDADE REAL" E A "ATUAÇÃO *EX OFFICIO*": POR UMA NECESSÁRIA RUPTURA PARAGMÁTICA**

A diferença entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório reside, justamente, na gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitório quem julga é dotado de poderes para perseguir e produzia a prova; no sistema acusatório o ônus da produção da prova recais sobre as partes, de forma precisa evitando que o juiz se travista de parte, executando uma função que não é sua. Assim, a prova e a gestão da prova, tem papel fundamental no processo de recognição, reconstrução do fato imputado ao réu.[[1]](#footnote-1)

O sistema inquisitivo tem como ponto principal, exaltado como grande vantagens, a concentrando as funções na figura do juiz, informar a todos sobre os pontos de maior relevância, desvirtuando a natureza do próprio juiz, terceiro imparcial alheia à querela e aos interesses das partes.[[2]](#footnote-2)

Segundo Sousa, baseado em aportes psicanalítico, refere-se que os poderes instrutórios do julgador atuam de maneira a formar uma cresça preestabelecida, decidindo primeiro e, posteriormente, buscando argumentos para confirmar sua decisão. Destarte, a prova trazida aos autos de maneira oficiosa tende a ter um valor probante maior, desgastando o devido processo legal.[[3]](#footnote-3)

O sistema acusatório está ligado ao contraditório, o poder das parte poderem influenciar o julgador e moldar a decisão de acordo com fatos, provas deduzidos em juízo, é a igualdade em juízo, o acusar e defender, a voz passiva contra voz ativa, e o magistrado deve garantir o equilíbrio entre o contraditório; não entre as partes.[[4]](#footnote-4)

Para Costa, a iniciativa probatória do juiz surge do estado de dúvida, dessa forma, com a incerteza da pretensão deduzida pela parte; de certo deveria optar pela improcedência da demanda, cometendo um ato de privilegiamento intrapsíquico, *in verbis*:

Não por outra razão o gênio prático romano criou a vedação do *non liquet*: se após apreciar todos os fundamentos e argumentos trazidos pelas partes o juiz estiver em estado de incerteza, ainda assim terá de julgar, sob pena de indevida denegação de prestação jurisdicional. Por isso, o engenho processual forjou a salutar figura da sentença de improcedência por falta de provas *[“actore non probante, réus absolvitur, etiam si nihil, ipse præstiterit*”]. Trata-se, na realidade, de um “*juízo de certeza por equiparação jurídica”*. Afinal de contas, conquanto não seja clara para o juiz a inexistência do direito afirmado pelo autor, julga-se como se a inexistência fosse certa e a respectiva sentença faz coisa julgada material. É a faceta processual civil do adágio in dubio pro reo. Daí já se nota que a improcedência por falta de provas tem como fundamento constitucional a norma do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (cuja incidência é infelizmente circunscrita pela processualística tradicional ao âmbito processual penal).[[5]](#footnote-5)

No procedimento penal o juiz acumula vários papéis ou funções (fase policial de instrução, recebe a denúncia, fase de cognição processual e decisão), seria ingenuidade acreditar existir uma neutralidade subjetiva, uma vez que com os elementos do caderno policial, o julgador forma uma imagem mental dos fatos que o acompanham até a sentença, um pré-conceito cognitivo difícil de ser desfeita, bem como a dificuldade de lidar com situações diametralmente antagônicas, defesa x acusação, somada à formação acadêmica pautada pela objetividade.[[6]](#footnote-6)

Destarte, o Processo Penal tem por finalidade a reconstrução de um fato passado - o crime - através da instrução probatória, logo, a gestão da prova e como ela é feita, possui o lastro unificador. Assim, o procedimento inquisitivo tem como principal característica a concentração de poderes no julgador, o réu, por sua vez, detém a verdade do fato delituoso e deve entregar ao juiz, enquanto a parte acusadora é mero instrumento, perdendo seu status de parte, por consequência, o sistema adotado no Brasil é o inquisitório, banhado com um verniz de sistema acusatório.[[7]](#footnote-7)

O ônus probatório no Processo Penal Brasileiro é do Estado-acusação, representado pelo Ministério Público, ou do querelante. Dessa forma, o acusado não possui dever de colaboração ou produção de provas, ele goza do estado de inocência, não sendo possível exigir dele conduta diversa e não podendo ser interpretado seu silêncio ou inércia como elemento formado da culpa, uma vez que estaria de encontro ao texto constitucional. Assim, manter-se em silêncio ou responder de forma parcial, na fase policial, judicial, faz parte da estratégia adotada pelo imputado, acusado, réu. A exigência de colaboração do réu é um elemento da metodologia inquisitória, contrariando o estado de inocência e colocando o acusado em um estado de culpa, o que fere as garantias e direitos individuais em Estado Democrático de Direito.[[8]](#footnote-8)

A produção oficiosa de provas pelo juiz gera influência que afasta imparcialidade, mesmo que se possa ser seduzido pelo argumento de que o julgador não saberá a quem a prova oficiosa beneficiará. O julgador sabe a quem era incumbido o ônus de provar, assim, afasta-se da cláusula de imparcialidade. Para evitar a quebra da imparcialidade judicial às partes devem protagonizar, através da estrutura lógica do pensamento (tese de defesa e acusação). O juiz não deve (não pode) descer à realidade das partes, e, sim, cabe às partes ascender até o magistrado, pelo exercício da dialética do contraditório os fatos e direitos controvertidos.[[9]](#footnote-9)

A ato de decidir gera sofrimento no julgador, sensação experimentada por contrapor teses dimetralmente opostas, com os mesmos elementos e devendo acolher um dos argumentos, premiando ou punindo uma das partes, assim Andrade conceitua o ato de decisão do juiz, como segue:

O pronunciamento judicial desacertado pode decorrer da má interpretação da lei ou da equivocada valoração das provas encartadas nos autos. Mas o provimento defeituoso, que se distancia do ideal de justiça, pode também ser fruto dos efeitos da denominada dissonância cognitiva, um fenômeno psicológico que há muito foi identificado por Leon Festinger, estudioso da área da psicologia social. Trata-se de angústia ou desconforto mental experimentado pelo tomador da decisão que se vê diante de duas cognições (convicções ou opiniões) contraditórias. Essas cognições dissonantes (discrepantes) acarretam um estado de tensão por ele não querer abandonar uma crença primeva, mas também por não querer parecer incoerente.[[10]](#footnote-10)

O modelo inglês constituído pelo enfrentamento das partes, extirpa do juiz britânico qualquer possibilidade iniciativa de matéria probatória, sendo função exclusiva das partes, cabendo apenas a condução da audiência. A obsessão pela verdade material é subjugada em detrimento da garantia da máxima efetivação das garantias individuais, estabelecendo um duelo entre acusador e defensor, sob o olhar imparcial do julgador.[[11]](#footnote-11)

Quando se trata de processo, pode-se dizer que se está recontando uma história, uma pequena história do indivíduo ou indivíduos envoltos na relação processual derivada de um fato tido como criminoso, percorrendo do momento em que ocorreu o delito (processo penal), o réu sempre tenta apagar, ocultar os vestígios do acontecimento, ao contrário da esfera cível, na qual se adquire um bem se esforça para manter registros dessa operação. São as provas que guiam a volta ao passado, recontando a história, seguindo os rastros dos acontecimentos até seu ponto de partida.[[12]](#footnote-12)

A corrente doutrinária garantista sustenta a incompatibilidade da produção de provas de forma oficiosa por parte do julgador, o que acarretaria na perda da imparcialidade subjetiva do juiz, usando a iniciativa probante como mero artifício para confirmação de uma convicção formada, assim como Sousa:

parte da doutrina, amparada em aportes psicanalíticos, sustenta que os poderes instrutórios induzem o juiz a decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, legitimando a crença no imaginário, afinal a ordem dos atos processuais permite concluir que a ação voltada à introdução de material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que a sua inserção ao feito possa determinar. Vale dizer, os poderes instrutórios oficiosos permitem ao juiz trazer aos autos provas valoradas *ex ante* para justificar uma decisão já tomada, provocando a corrosão do devido processo legal.[[13]](#footnote-13)

Corrobora com esse entendimento Lopes Jr., ao asseverar que o juiz que instrui o processo nunca poderá julgar a causa, porque ele estará cheio de prejulgamentos, afastando qualquer resquício de imparcialidade. No procedimento penal, mais especificamente, na investigação preliminar, o juiz age como parte. Em ações públicas, o julgador, sem requerimento do Ministério Público, pode instruir de ofício, requisitando às diligências que achar necessárias e, até mesmo, poderá deferir medidas com posicionamento contrário do *parquet*. É um modelo ultrapassado e inquisidor, no qual quem requisita uma diligência ou defere uma cautelar é o mesmo que irá valorar e julgar sua legalidade.[[14]](#footnote-14)

Com efeito, ao deferir a primeira decisão no processo, o julgador assume, inconscientemente, o viés de confirmação, é uma tendência irracional que busca recordar a informação de tal maneira que confirme as hipóteses formuladas inicialmente. O cérebro age de maneira seletiva, priorizando as informações que privilegiem, deem suporte à hipótese ou decisão do início, ignorando os fatos e provas contrárias à tese apadrinhada, logo, o julgador se torna inclinado a insistir na hipótese original. O viés de confirmação pode afetar juízes quando forem valorar as provas, tornando-os tendenciosos a perseguir sua hipótese primária, mesmo que as provas não corroborem com à tese deduzida.[[15]](#footnote-15)

O juiz ao determinar a produção de prova oficiosa exerce contraditório, tornando-se auxiliar de uma das partes, com bem define Sousa, como segue:

Juiz que ordena a produção de prova de ofício exerce o contraditório como se parte fosse, ou melhor, como superparte, pois traz ao feito elementos voltados a conformar o seu próprio convencimento, o que nenhuma parte tem o poder de fazer. É o juiz-contraditor, sujeito ao mesmo tempo parte e juiz, uma parte com poder de julgar.

Bem por isso, descabe invocar o *dever de auxílio* como fonte autorizativa da prova de ofício. Tal dever impõe que o juiz auxilie a parte no exercício do direito, mas não permite que subsidie/coadjuve a parte, exercendo ele próprio o direito. Ora, a pretexto de auxiliar a parte o juiz não pode virar assistente simples! *Ad exemplum*, a prova e o recurso são corolários do contraditório; são formas de exercê-lo.[[16]](#footnote-16)

Ao tomar a iniciativa probatória, o juiz tem 3 (três) possibilidades, quais sejam, primeira beneficiar o autor (Ministério Público), segunda, beneficiar o réu e, por fim, ele não faz ideia, em tese, de quem irá beneficiar. Pode-se dizer que não existe imparcialidade por omissão - neutralidade - este é o juiz equidistante, sábio. De outra banda, a iniciativa probatória, dita sem saber quem será beneficiado, leva a cinco resultados possíveis, {1} fato constitutivo do direito alegado pelo autor (leia-se acusador); {2} prova de fato impeditivo do direito do acusador; {3} prova de fato extintivo do direito do acusador; {4} prova de prova de fato modificativo do direito do acusador; {5} não prova nada, desta maneira, as possibilidades {2; 3; 4; 5} não servem para nada além de dilação processual, pois o réu deveria ser absolvido por insuficiência de provas, conforme disciplina o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, bem como, o artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, desse modo, o único a ser beneficiado pela iniciativa probatória do juiz é o acusador, como demonstrado na hipótese {1}.[[17]](#footnote-17)

A figura do Estado-Juiz se vincula às partes por suas decisões, no meio ou ao final do procedimento, devendo suas decisões estarem intimamente ligadas às pretensões deduzidas pelos atores processuais, de maneira a prover o devido processo legal, dentre outros princípios que constituem às garantias fundamentais, bem como, a função do julgador no processo pela ótica do sistema acusatório, sempre respeitando as balizas democráticas do Processo Penal. O juiz não pode usurpar a função das partes, tornado-se o contraditor[[18]](#footnote-18), esse é o papel do Ministério Público "reduzindo--se a sua caracterização conceitual de parte ao campo específico da técnica processual.".[[19]](#footnote-19)

Com efeito, ao abrir a possibilidade da iniciativa probatória por parte do juiz, cria-se um sério risco à imparcialidade, uma vez que pode decidir e, depois, buscar respaldos materiais para embasar ou justificar sua versão. Dessa maneira, o juiz pode, legalmente, buscar elementos para justificar sua decisão que já está tomada, elementos sequer requisitados pela acusação. Em contra partida, a jurisdição está condicionada ao respeito das garantias fundamentais, não podendo em busca de uma lúdica verdade real atropelar o devido processo legal. Os atores processuais devem ter respeito à Constituição e cabe aos magistrados efetivarem as garantias resguardadas nela, sob pena de criar-se um sistema mais perverso que o inquisitorial, no qual, pelo menos a lei era aplicada, ainda que ditatorial e cruel.[[20]](#footnote-20)

1. ROSA, Alexandre Morais da. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. **Revista do CEJUR/TJSC**. vol. 1. n. 1. p. 145-164. Prestação Jurisdicional, dez. 2013. Disponível em: [http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/download/29/33]. Acesso em: 16 out. 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. AMARAL, Augusto Jobim do**. Política da Prova e Cultura Punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. 2011. Tese. 123-125 f. (Ciência Política). Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/20164/3/AUGUSTO.JOBIM.DO.AMARAL.pdf>>. Acesso: em 28 de mar. 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela impartialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes.

**Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 96,

p. 49-78, out./dez. 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 113-114. [↑](#footnote-ref-4)
5. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232548>. Acesso em: 10 set. 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40. [↑](#footnote-ref-6)
7. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O Princípio do juiz natural na CF/88: Ordem e desordem. **Revista de informação legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008, p. 168. [↑](#footnote-ref-7)
8. GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 2. ed. 2015, p. 209. [↑](#footnote-ref-8)
9. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: all against Michele Taruffo’s thesis os

judges collecting evidence. **Revista de Processo** | vol. 255/2016 | p. 141 - 166 | Maio / 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 11 mai. 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. AMARAL, Augusto Jobim do**. Política da Prova e Cultura Punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. 2011. Tese. 125 f. (Ciência Política). Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/20164/3/AUGUSTO.JOBIM.DO.AMARAL.pdf>>. Acesso: em 28 de mar. 2020. [↑](#footnote-ref-11)
12. CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Editora Servanda, 2012, p. 66-68. [↑](#footnote-ref-12)
13. SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela impartialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro,** Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 . ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183. [↑](#footnote-ref-14)
15. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e pscicologia. 2016. Tese. 109 f. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016. [↑](#footnote-ref-15)
16. SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela impartialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016. [↑](#footnote-ref-16)
17. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probat´rorias. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 153-173, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232548>. Acesso em: 6 out. 2017. [↑](#footnote-ref-17)
18. ROSA, Alexandre de Morais da. **Para um Processo Penal Democrático:** Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77. [↑](#footnote-ref-18)
19. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 33. [↑](#footnote-ref-19)
20. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 67-69. [↑](#footnote-ref-20)