

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL:  
CONTRAPOSIÇÕES E LIMITAÇÕES A PARTIR DO PARADIGMA JURÍDICO-  
CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO<sup>1</sup>**

***THE JUDGE'S PROBATIVE INITIATIVE: CONTRASTS AND LIMITATIONS  
FROM THE LEGAL-CONSTITUTIONAL PARADIGM OF LAWFUL DEMOCRATIC  
STATE***

*Igor Alves Noberto Soares*

Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsista CAPES). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Professor das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Advogado.  
igor.ansoares@yahoo.com

*Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves*

Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FEAD (2015). Professor das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni/MG. Advogada.  
jordania\_cog@hotmail.com

**RESUMO:** Este artigo refletirá sobre a produção da prova pelo juiz, no contexto do Processo Penal, segundo as disposições normativas presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, as incursões críticas levarão em consideração as construções técnicas expressas a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a fim de contrapor a atual e permissiva sistemática que confere, ao agente julgador, a capacidade instrutória.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 19/04/2016 e aprovado em 25/05/2016.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito; Teoria do Processo Constitucional; Processo Penal; Prova; Iniciativa Probatória do Juiz.

**ABSTRACT:** This article will reflect on the production of proof by the judge, in the context of Criminal Procedure, according to the rules presents in the brazilian legal system. Therefore, the critical incursions will take into account the technical constructions expressed from the legal and constitutional paradigm of Lawful Democratic State, in order to counter the currently permissive system that confers, to judging agent, the probative initiative.

**KEYWORDS:** Lawful Democratic State; Constitucional Process; Criminal Procedure; Proof; Judge's Probative Initiative.

## 1. INTRUDUÇÃO

A ausência de uma teoria geral própria do Processo Penal, sem usurpações escorregadias da Teoria Geral do Processo ou mesmo da Teoria Geral do Processo Civil, é mancha indelével na processualidade na síntese do Estado Democrático de Direito, conquanto não vencidos os desafios autoritários sinalizados no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941).

De fato, o atual panorama de desprezo evidenciado no Processo Penal não se deve única e exclusivamente aos atos emanados pelos agentes estatais ou mesmo pela organização do Estado-Judiciário; o problema é sistêmico e engendrado nas estruturas sociais, evidentemente refletido no exercício das funções estatais e baseado na visualização do indiciado/acusado como pessoa afastada da garantia ao devido processo constitucional.

A perseguição penal, mergulhada no contexto da expiação das mazelas socialmente demarcadas, finalizadas por um sistema arcaico de separação de classes, acaba por tornar-se verdadeira promoção de políticas públicas na satisfação dos anseios sociais, razão pela qual, na falta de maior eficiência do Estado-Executivo, elege-se um herói, o Estado-Judiciário e seus agentes julgadores, para ‘tampar o sol com a peneira’, como se ele tudo

pudesse ou estivesse acima dos mortais viventes.<sup>2</sup>

O legislador ainda não encarou a urgente necessidade de reformulação sistêmica da parcela do ordenamento jurídico atinente à persecução penal, basicamente por estar à míngua de profícuas provocações da maioria dos processualistas penais (ainda imersa na mágica relação jurídica) e de outras interlocuções práticas, a fim de vencer os obstáculos autoritários presentes no Código de Processo Penal. Falta-nos, assim, uma leitura geral e muito peculiar anotada a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, a fim de elucidarmos as necessárias transformações ainda estanques de sua aplicação teorizada na efetivação de um processo de cunho democrático.<sup>3</sup>

O primeiro grande óbice a ser vencido, decerto, é a desnecessária superposição entre os sujeitos processuais, como se aqueles representantes do Estado fossem predestinados por alguma autoridade divinatória ou dotados de mágicos poderes. Essa fala, contudo, não é pronunciada com exagero ou por desprezo em relação aos agentes públicos estatais, muito pelo contrário, pois é com veemência que tratamos desse assunto; como será visualizado no decorrer deste trabalho, tal pensamento é repetido por muitos autores da literatura jurídica brasileira e também pelos órgãos jurisdicionais, a fim de manter o poder centrado nas mãos dos mitológicos cidadãos componentes do *establishment*.<sup>4</sup>

Em segundo plano, no tocante à produção da prova, objetivo de explanação deste trabalho, torna-se primaz um estudo técnico acerca da iniciativa instrutória do juiz, faculdade descrita no art. 156 do Código de Processo Penal, com destaque ao inciso II,

---

<sup>2</sup> Como bem destaca Mirjan Damaska, “*el proceso judicial en un Estado auténticamente activista se organiza en torno de la idea central de la investigación oficial y está dedicado a la implementación de una política de Estado. (...) la negativa a considerar formas de justicia asociadas con un tipo de autoridad em particular, no evitó el desarrollo de un ideal bastante específico del estilo de resolución de conflictos*” (DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986. p. 253).

<sup>3</sup> Merece destaque o Projeto de Lei nº. 8.045, apresentado em 22 de outubro de 2010, de autoria do ex-senador José Sarney (PMDB/AP), cujo objetivo, dentro outros, é revogar por inteiro o Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941, qual seja, o Código de Processo Penal. Com certos avanços e muitos pontos a ser debatido, o referido Projeto de Lei aguarda a criação de Comissão Especial perante a Câmara dos Deputados desde o dia 27 de março de 2014.

<sup>4</sup> Federico Neiburg, na apresentação da obra de Norbert Elias e John Scotson, define “*as palavras establishment e established são utilizadas, em inglês, para designar grupos e indivíduos que ocupam posições de prestígio e poder. O establishment é um grupo que se autopercebe e que é reconhecido como uma ‘boa sociedade’, mas poderosa e melhor, uma identidade social construída a partir de uma combinação singular de tradição, autoridade e influência (...)*” (ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 7).

dispositivo pelo qual ao agente julgador é concedida a possibilidade de determinar a produção de prova para resolver dúvida sobre ponto relevante observado durante a instrução ou, a qualquer momento, antes da prolação da sentença. Ocorre que, em contraponto à atividade probatória do juiz, a fim de se formar sua convicção, o art. 386, inciso VII, do Código de Processo, prevê a possibilidade de absolvição do acusado em caso de inexistir prova suficiente para a condenação.

Em terceiro ponto, e não menos importante, observar a necessidade de uma limitação real do exercício da atividade jurisdicional, esmerada a partir das disposições constitucionais sobre as funções estatais, de modo a perceber um agente julgador não com amplos poderes, mas sim cercado pela atuação das partes e consciente de seu legítimo impedimento enquanto sujeito processual, nada mais.

## **2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Ainda à mercê de uma teoria geral própria, o Processo Penal configura-se como verdadeira confusão entre termos e institutos do Processo Civil e da Teoria Geral do Processo não aplicada, o que torna a persecução penal verdadeira colcha de retalhos. Por isso, o trabalho aqui realizado levará em consideração três aspectos: o exercício da função jurisdicional no âmbito do Processo Penal, a produção da prova pelo agente julgador e, por fim, reflexões críticas acerca da necessária limitação do poder estatal, exercido por meio de seus agentes públicos.<sup>5</sup>

Destarte, todas as compreensões trazidas em tais considerações têm como ponto de partida o paradigma<sup>6</sup> jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, que, segundo Vinícius Lott Thibau, traz “*os direitos de participação e de fiscalização*

---

<sup>5</sup> Não é raro perceber a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973) ante as lacunas presentes no atual Código de Processo Penal, como, por exemplo, do art. 408 daquele Código, quando da substituição das testemunhas arroladas para a produção da prova em Audiência de Instrução e Julgamento.

<sup>6</sup> Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, posicionamento do qual acompanhamos, os “*paradigmas do Estado de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativo consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional*” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 57).

*incessantes, intersubjetivas e isentas de coerções” como “fundamentais para a obtenção da legitimidade do Direito”, na qual “a tomada de decisões relevantes passa pela observância irrestrita desses direitos”, os quais também regerão “os discursos de aplicação do Direito”.<sup>7</sup>*

A necessidade de interrogação das matrizes dogmáticas presentes na prestação da atividade jurisdicional, das quais ainda relacionam e subordinam as partes aos ditames do Estado-Juiz, é condição para a realização deste trabalho, destacando, como já demonstrado no nas linhas acima, a compreensão advinda do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

## **2.1 O papel do Estado-Juiz: uma questão socialmente demarcada**

A relação de poder sempre esteve presente nas relações humanas. Elias Canetti denunciou a barganha entre a massa e o poder, já em 1960, oportunidade em que denominou ‘cristal de massa’ os “*grupos pequenos e rígidos de homens, muito bem delimitados e de grande durabilidade, os quais servem para desencadear as massas*”, sendo sempre vistos em unidade e sabedores dos motivos pelos quais ocupam os seus postos. Os membros desse corpo são treinados para o exercício de suas respectivas funções e “*sua vida fora do cristal não conta (...). Tão logo tiram o uniforme, são homens completamente diferentes*”.<sup>8</sup>

Elias Canetti descreve com exatidão a figura do juiz, agente público aprovado em concurso de provas e títulos para praticar, por meio da investidura em cargo público do Estado-Judiciário, os atos inerentes à atividade jurisdicional (requisito do julgamento).<sup>9</sup> Ora, nada mais evidente do que a desarmônica estrutura divisória entre o Estado e os jurisdicionados, na qual recebem os juízes, absortos em seu grupo socialmente valorizado, a função de conduzir e fazer a justiça aos cidadãos de bem.

Para tanto, é necessário demarcar a realidade social percebida *in terrae brasilis*, fruto dos movimentos antropológicos e sociológicos em constante formação. Com a

---

<sup>7</sup> THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 26.

<sup>8</sup> CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 72 e 73.

<sup>9</sup> Sobre a utilização do termo *judicatio*, ver LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 114.

ineficiência do Estado-Executivo e do Estado-Legislativo, e aqui ressaltamos independência de posicionamento ideológico ou governo historicamente situado, já que grande parte dos problemas pátrios origina-se das estruturas desiguais e de práticas autoritárias de manutenção do poder nas mãos da esfera que a detém, o Estado-Judiciário torna-se a válvula de escape ao problema apresentado.

Para Dierle José Coelho Nunes, “*o Judiciário vai se tornando um possível refúgio dos cidadãos (visto como clientes) em face do enfraquecimento do Estado*”,<sup>10</sup> o que torna a tarefa desempenhada pelo juiz verdadeiro condão profissionalizado na satisfação das mazelas socialmente sentidas pelo povo (a figura pessoal do agente julgador recebe considerável atenção na representação e imaginário populares acerca da salvação).

Na impotência de assumir por si mesmo a responsabilidade dialógica de resolver os percalços sociais, o cidadão confere ao Estado-Judiciário o encargo de promovedor da paz social, resolvendo os conflitos levados à sua apreciação. Antoine Garapon descreveu o fato de, na França, “*o papel dos guardiões da virtude publica destina-se (...) aos juristas e, particularmente aos juízes que se tornam, de forma bastante evidente, a consciência moral da vida social, política e económica*”. Essa evidência também é repetida nos países da América Latina, a constar no Brasil, pois a suposta e exclusiva proteção das garantias fundamentais pelo juiz originam-se, em real perigo à processualidade democrática, da “*tentação da justiça redentora (...)*”.<sup>11</sup>

Rosemiro Pereira Leal, em análise teorizada sobre a decisão jurídica, denunciara o fetiche da missão social extraída da decisão proferida pelo Estado-Juiz, emanada em virtude “*da combinação artificial do método exegético dos franceses (idolatria das leis), pandectista dos alemães (culto do corpus juris) e analítico dos ingleses (empirismo na indução-dedução)*”, razão pela qual, por meio do hibridismo metodológico, os juízes tornam-se “*sábios e omnicompreensivos (...), moralizadores da lei quando esta fosse insuficiente para traduzir o espírito popular (Volksgeist) e fazer justiça (John Austin, Savigny, Uchata, Windscheid)*”.<sup>12</sup>

Por essa razão, ainda é perpetuada a vestimenta (toga), utilizada pelos membros do Estado-Judiciário, principalmente nos órgãos colegiados, como o manto da divindade que

---

<sup>10</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 178.

<sup>11</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. 1ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 53 e 54.

<sup>12</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 61.

os separam dos demais na missão de fazer justiça aos mortais viventes, e, como salienta Francesco Carnelutti ao analisar a composição plural das Cortes de Justiça (Itália), a toga “*não representa apenas a autoridade de um Juiz de Direito, mas a autoridade uniforme de todos eles juntos, ou seja, faz tão solene o vínculo que os une, que a solenidade da sua união nos faz lembrar um coro reunido*”.<sup>13</sup>

Ao assim o ser, o Processo Penal não pode ser pura e simplesmente apresentado como resolução de um conflito, como defende Mirjan Damaska<sup>14</sup>, cujo posicionamento também é veementemente criticado por Ettore Dezza ao destacar a tentativa daquele autor em substituir a clássica dicotomia acusatoriedade *versus* inquisitoriedade por um processo destinado à resolução dos conflitos e, por conseguinte, na percepção e aplicação de um direito penal substancial.<sup>15</sup>

Tal visão apresenta-se deturpada, pois, em um primeiro aspecto, a função jurisdicional é quem serve ao processo, já que aquela “*é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV). Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada por seus órgãos competente, indicados no texto da própria Constituição(...)*”.<sup>16</sup>

Na seara criminal (apesar de ser não uma ‘espécie’ e não comportar, tecnicamente, divisões), a jurisdição encontra guarida na apuração da responsabilidade jurídico-penal do cidadão, pela irrestrita observação da lei penal acerca da conduta definida como crime e da consubstanciação de um espaço procedimental destinado à obtenção de uma decisão compartilhada e tecnicamente construída pela observação do devido processo constitucional, do qual, certamente, tem lugar a técnica probatória.

Pensar no processo somente como resolução de conflito, desconsiderando as matrizes históricas de sua formação e refletindo-as em suas concepções práticas, nos leva a creditar a mimética satisfação dos anseios do povo nas mãos dos agentes do Estado-

---

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. 1ª ed. Campinas: Servanda, 2010. p. 21.

<sup>14</sup> DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986. p. 169.

<sup>15</sup> DEZZA, Ettore. *Accusa e inquisizione nell’esperienza italiana contemporanea*. In NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell’Italia Repubblicana: material dall’incontro di Studio Ferrara*. 1ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 103.

<sup>16</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 75.

Judiciário, retirando do sujeito constitucional a posição de “*protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório*”, como destaca André Del Negri, o que torna condição de reconhecimento do cidadão enquanto sujeito e coautor dos pronunciamentos estatais.<sup>17</sup>

Tais construções críticas permitem arguir o real papel do juiz na processualidade democrática, com finco no contexto pós-Constituição da República de 1988 e no âmbito específico do Processo Penal. Assim, Leonardo Augusto Marinho Marques, ao analisar as reflexões filosóficas que fundamentaram a dicotômica relação entre um “*juiz-cidadão*” e um “*juiz-magistrado*”, na relação acusatoriedade *versus* inquisitoriedade presenciadas desde o liberalismo clássico, conclui importar, ao juiz moderno, o definitivo rompimento “*com as armadilhas do sistema inquisitório, ainda bastante presentes no processo penal*”.<sup>18</sup>

O julgador, nesse sentido, não se torna um agente público superpoderoso, muito menos dele se exige postura como a de um espectador passivo defronte da novela transmitida na televisão. Entre justiceiros e samambaias<sup>19</sup>, o agente julgador contemporâneo, sob a égide da processualidade advinda do Estado Democrático de Direito, tem sua função limitada quando da atividade judicante desenvolvida, razão pela qual deve observar o arcabouço normativo próprio da matriz eminentemente democrática permeada com a Constituição de 1988.

Por esse motivo, “*o Juiz não pode exercer o papel reservado ao Ministério Público, sem quebrar a garantia de isonomia das partes*”,<sup>20</sup> muito menos avançar sobre o espaço destinado ao pronunciamento da defesa técnica (obrigatória e eficiente), já que não pode se fazer ou atuar como parte.

No tocante à imparcialidade, atributo muito debatido e ainda não entendido em sua

---

<sup>17</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 30.

<sup>18</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: limitações impostas pela Constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 24, p. 159-174, 2007. p. 161.

<sup>19</sup> A expressão “*juiz samambaia*” é encontrada em artigo científico produzido por Bernardo de Azevedo e Souza e Daniel Kessler de Oliveira. Sobre tal utilização, ver SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Entre Justiceiros e Samambaias: reflexões constitucionais sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 11, n. 70, p. 90-102, out/2011.

<sup>20</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: limitações impostas pela Constituição. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 24, p. 159-174, 2007. p. 166.



gênese biológico-psicológica, Ulisses Moura Dalle vê como saída dos problemas oriundos da parcialidade humana (a imparcialidade torna-se garantia constitucional, somente vislumbrada em escuridão afinidade com o contraditório) a expansão dos princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões (bem como a idônea motivação) como “*via constitucionalmente adequada à garantia da imparcialidade*”, em contraponto à limitação puramente legal das atividades jurisdicionais.

Por meio do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, do qual se extrai a processualidade democrática como ponto de interlocução entre a função prestada pelo Estado-Judiciário e a base principiológico-processual lida no bojo constitucional, ao povo é conferida a posição de coautor dos pronunciamentos estatais (controle da racionalidade decisória), ponto nem sempre observado pelo agir decisório dos agentes julgadores<sup>21</sup>.

### 3. O FUNDAMENTO DA TÉCNICA PROBATÓRIA

O estudo de certas noções elementares sobre a prova deve preceder, de forma inequívoca, à análise da produção da prova pelo juiz. Ora, torna-se necessário entender a manifestação da prova, enquanto instituto jurídico<sup>22</sup>, na processualidade democrática, a fim de se evitar compreensões imprecisas aos avançados estudos sobre a teoria da prova “*numa proposta democrática que suplica equacionamento técnico-jurídico pela garantia do devido processo constitucional*”.<sup>23</sup>

A partir da colocação científica como instituto jurídico, a prova deve ser entendida

---

<sup>21</sup> Importa descrever parte da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a título de exemplificação do distanciamento acerca da produção probatória para formação compartilhada da estrutura do procedimento, na qual “*o juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele sua valoração e o exame da conveniência em sua produção*” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Apelação Cível nº. 1.0707.14.006122-7/001. Relatoria do Desembargador Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 22/01/2015. Data de Publicação: 30/01/2015).

<sup>22</sup> Rosemiro Pereira Leal entende a prova como instituto jurídico, posição na qual concordamos, já que “*por instituto jurídico, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação*”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *A prova na teoria do processo contemporâneo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 49).

<sup>23</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A prova na teoria do processo contemporâneo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 50.

fora do quadro instrumentalista subserviente à formação da convicção do juiz. Em termos atuais expressos democraticamente, a prova deixa de ser atividade de edificação cognitiva do agente julgador acerca da veracidade dos fatos e se destina, enquanto técnica (por destinar-se ao resultado útil, em concepção constitucionalmente apreciada), “à construção da estrutura procedimental que, regida pela principiologia constitucional do processo, permitirá aos seus legitimados o reconhecimento de coautoria na valoração e valorização fático-normativa”.<sup>24</sup>

Ainda com esteio nas considerações de Vinícius Lott Thibau, a dogmática jurídica alheia-se ao enfrentamento “da coligação teórica existente entre a técnica probatória e a racionalidade decisória na constitucionalidade democrática”<sup>25</sup>, não adiantando, ainda, se a noção conferida à prova permitir reflexos únicos para a formação da convicção exclusiva do juiz (isolado estabelecimento, pelo agente julgador, do porvir), servindo apenas como instrumento de efetivação do poder estatal.

Isso significa dizer que, arraigada à Teoria do Processo como Relação Jurídica, a dogmática processual ainda não se desvencilhou da produção da prova como atividade única de formação da convicção do juiz acerca das questões expressas no processo (quase uma oferenda entregue aos deuses para a revelação da verdade), o que macula a elaboração de um pronunciamento jurisdicional lógico como decorrência de manifestação das partes.

Nesse aspecto, Rosemiro Pereira Leal descreve o objeto da prova desconstituído como comprovação dos fatos narrados (na ação ou na defesa), mas tendo como base “a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incisos IX e X, da CR/88) do provimento (ato decisório)”, construção essa seguida por Vinícius Thibau ao destacar o fato de a técnica probatória “destinar-se à construção de um procedimento que se erija como uma estrutura normativa que possibilite a obtenção de uma decisão racional quanto ao tempo da prova, a partir de sua regência pelos princípios constitucionais do processo”.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 50.

<sup>25</sup> THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 51.

<sup>26</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 55; THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica

Por essa razão e especificamente nesse ponto, não concordamos com Michele Taruffo ao perceber o juiz como “o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental” no processo, qual seja, “a apuração da verdade dos fatos”, o que importaria no “dever de governar a admissão e a produção das provas, além da determinação de seu valor no âmbito da decisão final sobre os fatos”.<sup>27</sup>

Vinícius Lott Thibau, concluindo este ponto, vê como urgente a percepção pelos dogmáticos de que, “se a técnica probatória forma manejada com o objetivo único de gerar o convencimento do decisor, será apenas um fazer empregado para que o nomeado Estado-Juiz continue estabelecendo isoladamente o porvir”.<sup>28</sup>

Satisfeita tal interlocução, a decisão proferida pelo Estado-Judiciário derivará da produção probatória encaminhada pelas partes, não para formar a consciência do julgador para se chegar à verdade, mas para definir limitações racionais aos efeitos jurídicos do pronunciamento estatal.

### 3.1 A capacidade instrutória do juiz

A análise da iniciativa probatória do juiz deve passar, *a priori*, pelo estudo do sistema processual ao qual estamos imersos, cuja necessidade afasta a redução dos trabalhos científicos ao dualismo acusatoriedade *versus* inquisitoriedade, como bem salientou Leonardo Augusto Marinho Marques, e exige afastar a “incompreensão de que o sistema moderno se orienta pela constitucionalidade democrática”,<sup>29</sup> estímulo também acrescentado por Rui Cunha Martins ao definir que “não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege”.<sup>30</sup>

A partir do arcabouço jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, do

---

probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; Soares, Carlos Henrique (Org.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 49-69. p. 56.

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 200 e 201.

<sup>28</sup> THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 50.

<sup>29</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. *Boletim IBRASPP*, v. 06, Ano 4, p. 25-28, 1ºsem./2014. p. 25.

<sup>30</sup> PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 81.

qual se extrai a processualidade democrática como fundamento dos pronunciamentos estatais (e não repetimos essa expressão como folclore acadêmico, mas sim pela necessária de encará-la como paradigma de aplicação do Direito), a atividade jurisdicional recebe matriz técnica para projetar a participação das partes na prolação de uma decisão correlata ao enunciado. Se a produção da prova tem por finalidade precípua a formação da estrutura do procedimento, a fim de se manejar decisão da qual os legitimados reconheçam-se coautores da racionalidade ali construída, não é possível pensá-la [a produção da prova] fora do paradigma democrático.

No tocante à produção da prova, o legislador previu a faculdade conferida ao juiz<sup>31</sup>, no art. 156 do Código de Processo Penal, de produzir a prova necessária para resolver dúvida sobre ponto relevante observado durante a persecução penal.<sup>32</sup> A capacidade instrutória, contudo, consta também na exposição de motivos do Código de Processo Penal, cuja base expressa o fascismo ideológico do momento ao qual fora promulgado<sup>33</sup>.

Pode haver, decerto, várias interpretações decorrentes do referido artigo, mas, nas considerações de André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria, das quais concordados e não percebemos outra análise crítica a ser realizada, o artigo 156 é interpretado “*como regra permissiva da iniciativa probatória do juiz que, no combate à criminalidade, deveria atuar*”

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, nas lições de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, “*as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, em seu próprio interesse; contudo, faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar. Por tal motivo, isto é, por dispor faculdades instrutórias visando suprir a inércia, a astúcia ou o descaso de uma das partes, a questão relativa ao ônus probatório no âmbito penal não assume a mesma relevância que no Juízo Civil*” (ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16).

<sup>32</sup> Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

<sup>33</sup> Na Exposição de Motivos encaminhada ao então Presidente da República Getúlio Vargas, Francisco Campos descreve, no item VII (Das Provas), o seguinte aspecto: “*o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença (...). Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material (...). Por outro lado, o juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões*”. A citação completa da Exposição de motivos pode ser conferida em: BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. *Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941*. In: JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

*para encontrar a verdade ou alcançar a pacificação social”.*<sup>34</sup>

O referido autor destaca o fato de a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008 (as famosas reformas parciais do Código de Processo Penal), ter projetado nova possibilidade ao presidencialismo jurisdicional, uma vez que a nova redação do art. 156, alterado pela referida lei, ampliou “os poderes investigatórios do juiz, permitindo que ele atue, de ofício, até mesmo na fase preliminar”.<sup>35</sup>

Ao renovar os poderes instrutórios do juiz, o legislador desconsiderou os avanços democráticos advindos com a Constituição da República de 1988. A partir da leitura do art. 129, inciso I da Constituição, ao Ministério Público cabe privativamente a promoção da ação penal pública; a partir desse contexto, o ônus probatório é do Ministério Público, não do juiz ou do defesa (impossível se falar em inversão do ônus da prova no Processo Penal, cabendo à defesa somente materializar as argumentos apresentados em juízo, nada mais).

Por uma interpretação constitucionalizada, cabem às partes a produção das provas necessárias para a formação da estrutura do procedimento, em um espaço dialógico apto ao exercício efetivo do direito-garantia<sup>36</sup> ao contraditório. O juiz, por outro lado, é agente público estatal destinado ao exercício da judicção, mas não se envolve como parte por evidente limitação funcional (ou julga, ou é parte).

Como já salientado nos extratos anteriores, o juiz não possui a missão a solitária de salvar a humanidade das mazelas sociais, ficando adstrito sempre ao que é provocado e produzido pelas partes. Guilherme Freitas Amorim destaca a limitação do juiz, quando da valoração livre das provas, consistir na “necessidade de o juiz julgar com fulcro nos elementos de convicção constantes no processo”,<sup>37</sup> fator impeditivo de uma atividade do juiz fora das manifestações produzidas pelas partes.

Ora, o magistrado não pode ser o inquisidor-justiceiro, da mesma forma que não pode ser a samambaia a enfeitar a sala de audiências, sob pena de retrocedermos aos mais tautológicos paradigmas normativo-funcionais de sobrepujamento das partes na

---

<sup>34</sup> FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 118.

<sup>35</sup> FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 120.

<sup>36</sup> Ver LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 99.

<sup>37</sup> AMORIM, Guilherme Freitas. Os controles da racionalidade na valoração da prova no Processo Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 9, n. 141-163, out./dez. 2009. p. 36.

supervalorização de interesses estatais não esclarecidos nas eiras do processo.

Muitos autores, a constar Vicente Greco Filho,<sup>38</sup> Fernando Capez,<sup>39</sup> Nestor Távora e Rosmar Antonini<sup>40</sup> defendem a atividade probatória do juiz de forma suplementar, sempre em complemento à atividade das partes quando essa for insuficiente. Ocorre que há uma linha muito tênue entre a atividade complementar e postura inquisidora, razão pela qual não se torna possível criar, no subjetivo de cada julgador, freios e contrapesos.

A questão está longe de ser resumida em esperanças pragmáticas, não com a realidade jurisdicional noticiada todos os dias, mas com a técnica probatória ao apriorístico estudo e apreensão legislativa dos limites ao poder instrutório do juiz. Não é possível simplesmente entregarmos ao oficioso trabalho jurisdicional a decisão acerca daquilo que é ou não democrático, muito menos esperar do agente sustentado pela falibilidade do sistema a bondosa limitação do poder que lhe é conferido.

A partir desse entendimento, merece destaque a construção científica de Eugênio Pacelli de Oliveira, ao descrever que *“a iniciativa probatória do juiz, quando utilizada para esclarecimentos de integração da prova produzida pela defesa, deve perfeitamente ser aceita, sem maiores restrições (...). O mesmo não pode ocorrer em relação à atividade supletiva da atuação do acusado, não por violação ao sistema acusatório, mas ao princípio da igualdade de armas (par conditio), na medida em que o Estado estaria*

---

<sup>38</sup> Vicente Greco Filho destaca o fato de *“os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que tem o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes. Isto porque os poderes inquisitivos do juiz têm um limite, que é a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes (...). Não é possível predeterminar a linha divisória entre a utilização adequada do poder inquisitivo (...) e o abuso desse poder (...). Todavia, os casos concretos saberão mostrar a distinção, uma vez compreendido que os poderes não são limitados, e o que o limite é a exigência da imparcialidade (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 8ª ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206).*

<sup>39</sup> Fernando Capez escreve a produção da prova como faculdade supletiva do magistrado, *“devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra da imparcialidade” (FERNANDO CAPEZ. Curso de Processo Penal. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 317).*

<sup>40</sup> Para os referidos autores, *“frente ao princípio da verdade real, o magistrado tem o poder probatório complementar à atuação das partes, podendo determinar, de ofício, no transcorrer da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (...). O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito” (TÁVORA, Nestor; ANTONINI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 346).*

*atuando em posição de evidente e desigual vantagem*".<sup>41</sup>

Essa consideração deve ser repensada, apesar de democraticamente técnica dentre muitas apresentadas em manuais e textos resumos, já que a norma do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, orienta ao juiz absolver em caso de insuficiência de provas hábeis à condenação. Ora, a atividade instrutória do decisor, ainda que em proveito da defesa, mostra-se desnecessária por haver prescrição legal para satisfazer as possíveis ineficiências da persecução penal, essa sim com fundamento democrático.

O juiz-inquisidor só determina a produção da prova, de ofício, para formar sua convicção condenatória, nunca ao contrário, pois se pretendesse absolver o acusado, aplicaria o que dispõe o art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Marcelo Botlouni Mendroni destaca o fato de o juiz não praticar "*atos de produção probatória*", mas "*apenas os recepciona*", sendo vedado, pela inércia, "*mover-se em busca de provas (ne procedat iudex ex officio)*".<sup>42</sup> Flaviane de Magalhães Barros, a seu turno, descreve a gestão da prova pelo juiz como "*manutenção da base inquisitorial*" presente no Código de Processo Penal e, ainda assim, colide "*com a proposta constitucional de um sistema acusatório*", na medida em que "*a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício atinge a garantia da imparcialidade*".<sup>43</sup>

A atividade exercida pelo juiz, como já dissemos, sofre limitação pela escorreita base principiológica advinda da Constituição da República de 1988, como forma de preservação da garantia da imparcialidade e se efetivar, em participação, os atos processuais necessários à formação da estrutura do procedimento (questão da prova). Assim, ao juiz resta vedada a produção da prova, de ofício<sup>44</sup>.

Por esse contexto, concordamos mais uma vez com Leonardo Augusto Marinho Marques, em síntese que ousamos transcrever em sua literalidade, ao definir que o

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 464 e 465.

<sup>42</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

<sup>43</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *Reforma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 34

<sup>44</sup> Cientes do derrocado posicionamento de maciça parte da literatura jurídica brasileira, importa trazer decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na lavra da Ministra Nancy Andriighi, no qual a "*iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça*" (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº. 1.012.306/PR. Relatoria da Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma. Data da Publicação: 07 de maio de 2009).

*“sistema democrático não comporta o juiz espectador, mas também não admite o juiz instrutor. O magistrado não produzirá prova de ofício. Proposição é atribuição da acusação e da defesa. Mas, como sujeito do conhecimento, o julgador participará da instrução, interagindo com a prova proposta, de forma subsidiária e complementar à atuação das partes”*.<sup>45</sup>

Esse aspecto é diverso ao reforçado pela derrocada relação de um juiz superior às partes, gestor da prova, e tecnicamente correto ao paradigma apresentado. O processo não pode ser uma *“corda a serviço da atividade da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade”*,<sup>46</sup> com bem afirma Rosemiro Pereira Leal, razão pela qual, nas considerações de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, *“o devido processo legal deve direcionar um procedimento que possa concretizar o direito da parte à prova no processo, como co-extensão da garantia da ampla defesa, dentro de uma estrutura técnica normativa em contraditório.”*<sup>47</sup>

Nesse contexto, não coadunamos com o posicionamento de Ivan Lira Carvalho, ao descrever *“a busca complementar da prova, determinada pelo juiz da causa, é salutar no instante em que dá à sociedade, mandante primaz da jurisdição, a transparência sobre os elementos que conduziram ao veredicto”*.<sup>48</sup> A percepção de realização do bem geral não é o objetivo do processo democrático, muito menos traduz a vontade do povo em determinadas questões publicísticas, pois o processo não é espaço de promoção de políticas públicas ou gesticulação de um sistema jurídico ainda nebuloso<sup>49</sup>.

O juiz, ao procurar a prova que lhe falta, certamente o faz para condenar. A prática jurisdicional, ainda mergulhada na produção probatória como exclusiva formação da convicção do julgador, para o qual todas as provas seriam dirigidas, certamente não se

---

<sup>45</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. *Boletim IBRASPP*, v. 06, Ano 4, p. 25-28, 1ºsem./2014. p. 28.

<sup>46</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 84.

<sup>47</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). *Técnica Processual*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 183-203. p. 189.

<sup>48</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o foco da lei n. 11.690/2008. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 46, p. 49-54, jul./2009. p. 49.

<sup>49</sup> Vale ressaltar as considerações de André Del Negri ao proferir a *“democracia como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o Estado, mas o Direito que segue o Estado”* (DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73).



preocupa com a aplicação do contraditório, ficando as partes impossibilitadas de manifestação quando das provas manejadas pelo juiz.

A efetivação dos direitos fundamentais deve sair da exclusividade dos agentes estatais, na medida em que se retira do Estado-Judiciário a falsa resolução dos conflitos sociais, na pessoa de um decisor também limitado por fatores legais e biopsicopatológicos, pois *“a percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver (...), fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões”*.<sup>50</sup>

Somente por uma interpretação e efetiva prática em consonância com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, arcabouço da processualidade democrática, é que podemos pensar na legitimidade dos pronunciamentos proferidos pelos agentes estatais, cujo pressuposto será a participação do sujeito constitucional na racionalidade decisória. Resta vedada, por todos os argumentos científicos expostos nas linhas anteriores, a iniciativa probatória, de ofício, pelo juiz.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apresentam-se como conclusões do presente trabalho, sempre passíveis de revisão pela testificação crítica, as seguintes preposições:

1. A falta de uma Teoria Geral do Processo Penal, adequada ao paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, proporcionou a recepção de matrizes autoritárias pelo Código de Processo Penal brasileiro, razão pela qual a persecução penal move-se na contramão da processualidade democrática e mostra-se descompassada quando da técnica probatória.
2. Por assim o ser, a persecução penal encontra-se mergulhada em um sistema falido, o qual vê o processo como satisfação dos anseios populares por meio do Estado-Judiciário superpoderoso, cujo herói (juiz) tudo pode para resolver os conflitos sociais (efetivação de políticas públicas no processo).

---

<sup>50</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 203.

3. Não há (e não pode haver), apesar de presente na prática jurisdicional brasileira, a mimética vislumbração de superposição entre os sujeitos processuais. Permitir esse aspecto é engendrar um sistema de intensa reprodução e perpetuação do *establishment*, no qual os *outsiders* sempre terão visão secundária àquela projetada pelos agentes estatais na colocação de determinadas questões envolvendo interesses escusos aos verdadeiramente democráticos, vinculados ao primado da decisão compartilhada entre os envolvidos.
4. A prestação da atividade jurisdicional não pode ser visualizada como exclusiva relação de poder, tendo o agente decisor o condão de resolver os conflitos sociais levados à sua apreciação. O processo não é espaço para realização de políticas públicas, promoção de paz social ou qualquer outra atividade divinatória na resolução de conflito, argumentos os quais levam ao juiz a figura de guardião da virtude pública ou da moral.
6. Torna-se necessário sair da contenda acusatoriedade *versus* inquisitoriedade, apesar de percebermos a importância do estudo sistêmico de tais modelos, a fim de se afastar a reprodução de autoritárias formas de dominação histórica no bojo do processo. Nesse argumento, tem gênese a processualidade democrática advinda pelo paradigma reforçado (e em constante formação) pela Constituição da República de 1988.
7. Sob o paradigma jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito, a atividade probatória não tem como função formar a convicção isolada do juiz, muito menos atingir a verdade, mas sim formar a estrutura do procedimento como condição de racionalidade da decisão, a qual todos os legitimados (partes) participarão da valoração e valorização da prova.
8. A partir dessa compreensão, restam equivocados os pensamentos atravessados pela produção da prova enquanto formação da convicção do juiz. Se a Constituição da República de 1988 definiu competências e funções previamente, não há razão de bosquejar a permanência da iniciativa probatória do juiz, já que este não é parte, a constar na reforma de 2008 e no Projeto de Lei 8.045, de 2010.
9. A nenhum pretexto e sob nenhuma roupagem, a oficiosa iniciativa probatória pelo juiz deve ser acolhida. A Ciência Processual deve perceber o povo, com a contribuição incansável de inúmeros estudiosos, como sujeito constitucional, razão pela qual ao legitimado é conferida a possibilidade de ser coautor de todos os pronunciamentos estatais, sendo-lhe resguardada a possibilidade de influência na decisão proferida pelo Estado-Judiciário, sobretudo quando sofrer os seus efeitos.

10. Ao juiz resta vedada a produção, de ofício, da prova. Contudo, o paradigma democrático não permite um juiz-espectador, mas também não admite um juiz-inquisidor. Por essa razão, o julgador pode interagir com as provas produzidas pelas partes, mas no limite daquilo que fora produzido, a fim de não macular a garantia da imparcialidade, condição indelével para o exercício do contraditório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Guilherme Freitas. Os controles da racionalidade na valoração da prova no Processo Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 9, n. 141-163, out./dez. 2009.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941. In: JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Iniciativa probatória pelo juiz. Recurso Especial 1.012.306/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, publicado em 07 de maio de 2009.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). *Técnica Processual*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 183-203.

CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. 1ª ed. Campinas: Servanda, 2010.

CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o foco da lei n. 11.690/2008. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 46, p. 49-54, jul. 2009.

DALLE, Ulisses Moura. Técnica processual e imparcialidade do juiz. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Org.). *Técnica Processual*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71-91.

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (org.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia*

*Repubblicana: material dall'incontro di Studio Ferrara*. 1ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010. Disponível em <<http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/093/volume.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FERNANDO CAPEZ. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. 1ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho Marques. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: limitações impostas pela Constituição. In: *Revista da Faculdade de*

*Direito do Sul de Minas*, v. 24, p. 159-174, 2007.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. *Boletim IBRASPP*, v. 06, Ano 4, p. 25-28, 1ºsem./2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Dispõe sobre a destinação da prova no processo. Apelação Cível 1.0707.14.006122-7/001. 14ª Câmara Cível. Relator(a): Des.(a) Estevão Lucchesi. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Belo Horizonte, publicado em 30 de janeiro de 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SARNEY, José. Projeto de Lei do Senado nº. 8.045, de 2010. Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Entre Justiceiros e Samambaias: reflexões constitucionais sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 11, n. 70, p.

90-102, out. 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor; ANTONINI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; Soares, Carlos Henrique (Org.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 49-69.