

Coordenação  
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

# AS REFORMAS NO PROCESSO PENAL

As novas Leis de 2008  
e os Projetos de Reforma

- Juni (Lei 11.689/2008)
- Provas (Lei 11.690/2008)
- Procedimentos (Lei 11.719/2008)
- Recursos (Projeto de Lei 4.206/2008)
- Medidas Cautelares (Projeto de Lei 4.208/2008)

## Participam desta edição

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO  
GERALDO PRADO  
GUSTAVO HENRIQUE RIGHI VAHY BADARÓ  
LEANDRO GALLUZZI DOS SANTOS  
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

As reformas no processo penal : as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma / coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3375-4

1. Processo penal I. Moura, Maria Thereza Rocha de Assis.

08-410221

CDU-343.1(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Direito processual penal 343.1(81)(094.56) 2. Leis : Processo penal : Comentários : Brasil : Direito penal 343.1(81)(094.56)

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Mas, em qualquer caso, a utilização dos elementos de prova resultantes depende da observância do contraditório, ainda que posterior ao ato de produção.

#### 6. As denominadas provas “não repetíveis”

A Lei 11.690/2008 ainda subtrai – excepcionalmente – da exigência do contraditório judicial as provas que denomina *não repetíveis*:

O legislador nacional inspirou-se aqui, claramente, em disposição do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que autoriza a leitura, na fase de debates, investigações prestadas anteriormente perante a Polícia Judiciária ou o MP, na *fatos ou circunstâncias imprevisíveis, tornou-se impossível a sua repetição* (art. 512 do CPP italiano).

Para que se compreenda o alcance da regra, é preciso lembrar que na Itália todas as provas são produzidas na fase do *diibattimento*, em que há o contraditório. Se houver uma prova cuja realização seja urgente, existe a possibilidade de sua antecipação, num procedimento prévio levado a cabo perante o juiz, com todas as garantias, denominado *incidente probatorio*. Assim, se for *previsível* uma circunstância que impeça a posterior produção da prova na fase de *diibattimento*, isso deve ser feito, desde logo, por meio do incidente probatório. Daí por que somente no caso de fato *imprevisível* é admitida a leitura de declarações prestadas sem o contraditório em fases precedentes.<sup>17</sup>

Essas observações parecem importantes para a exegese do texto nacional agora introduzido, de modo que a disposição em exame não se preste a justificar a sistemática derrogação da garantia do contraditório, sob o argumento de que a lei permite a utilização de dados probatórios que não puderam ser repetidos na instrução criminal.

Embora a nossa legislação não tenha previsto o mecanismo do *incidente probatorio*, como na Itália, é certo que o art. 225 do CPP permite a antecipação do depoimento, se qualquer testemunha tiver de ausentar-se ou, por enfermidade ou velhice, houver receio de que já não exista ao tempo da instrução. Além disso, também o art. 366, na redação da Lei 9.271/1996, que trata da suspensão do processo em caso de citação por edital, prevê a produção antecipada de provas urgentes.

Sendo assim, se for *previsível* que a prova não possa ser repetida na instrução judicial, o procedimento correto – até porque ajustado às garantias constitucionais – será o dos artigos citados, perante o juiz e com a presença das partes. Quanto à defesa, deve estar presente pelo menos um defensor dativo; mas, se já estiver estabelecida a identidade do autor do fato, este também deve ser intimado para os atos de produção da prova antecipada, assegurada inclusive a constituição de advogado.

17. PAOLO TONINI, *A prova na instrução criminal*, p. 117.

Somente quando tiver sido *imprevisível* a impossibilidade de renovação da prova será viável utilizar os elementos anteriormente obtidos sem o contraditório. Mas também em relação à prova *não repetível* aplica-se o que ficou dito a respeito das *cautelares* e *antecipadas*: sua eventual utilização no processo não afasta a necessidade de submetê-la ao *contraditório diferido*, permitindo-se às partes discutir a sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Conteúdo do Processo Penal de 1941	Lei 11.690/2008
Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.	Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

#### 7. A questão do ônus da prova no processo penal

Na redação original, o art. 156 do CPP tratava de duas questões correlatas: a do *ônus da prova* e aquela relacionada aos chamados *poderes instrutórios do juiz*.

A Lei 11.690/2008 manteve esse mesmo tratamento, embora, como se verá, tenha introduzido duas relevantes modificações: no tema do *ônus da prova*, acrescentou ao elenco do art. 386 nova hipótese de absolvição: quando houver *dúvida* sobre a ocorrência de causas de exclusão de antijuridicidade e isenção de pena; quanto aos poderes do juiz, ampliou-os para dizer que podem ser utilizados antes mesmo de iniciada a ação penal (art. 156, I).

Em matéria de *ônus da prova*, o legislador manteve a redação original do Código: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Não se preocupou, assim, em explicitar – já nessa regra inicial – os importantes desdobramentos do

pela Constituição de 1988 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Mas o fez, adiante, ao incluir expressa referência à absolvição em caso de dúvida quanto à ocorrência de causas de justificação ou isenção de pena (nova redação do art. 386, VI).

A discussão sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal tem-se revelado difícil, especialmente em razão das tentativas de transposição pura e simples de conceitos fixados para o processo civil. Neste com efeito, predominando as disputas sobre direitos de natureza individual disponível, a repartição do encargo de trazer ao processo o material probatório resulta do próprio tratamento paritário dispensado aos litigantes: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito afirmado, enquanto ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 333).

Subjacente a essa distribuição do encargo de provar existe uma *regra de julgamento*: toda alegação não comprovada deve ser tida como contrária à realidade dos fatos; assim, o fato não provado por quem tinha o ônus de fazê-lo é inexistente.<sup>18</sup>

No processo penal, a regra de julgamento baseada na repartição de tal ônus revela-se insuficiente, pois, como lembrou GIOVANNI VERDE, o seu objetivo não é simplesmente o de alcançar a paz entre os litigantes, mas atingir, se possível, a verdade e a justiça.<sup>19</sup>

É comum afirmar-se, por isso, numa postura mais radical, que simplesmente não existe qualquer ônus da prova em matéria criminal, tanto para a acusação como para a defesa – independentemente de eventuais contribuições trazidas pelas partes, é ao juiz que compete esclarecer os fatos submetidos a julgamento e, a persistir a dúvida, só lhe restará a absolvição por falta de provas, não como consequência do descumprimento de qualquer ônus, mas pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.<sup>20</sup>

Em outra linha, sustenta-se que, mesmo em um processo dominado pela pesquisa da “verdade real”, não seria descabido falar em ônus da prova, pois a aplicação da regra de julgamento não pressupõe necessariamente uma repartição de encargos entre as partes, revelando-se no momento em que se verifica a ausência de prova acerca de um fato determinado. É nessa situação que a falta de comprovação do fato se resolveria em prejuízo da parte à qual pesa o “ônus *material*” da prova. Não existindo no processo penal uma repartição formal do ônus da prova, é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova.

18. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 82.

19. GIOVANNI VERDE, *L'omete della prova nel processo civile*, p. 38-39.

20. JORGE DE FIGUEREDO DIAS, *Ônus de alpear e do...*

no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obsite o surgimento dessa mesma pretensão.<sup>21</sup>

Seja como for, através da negação completa do ônus da prova no criminal, ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque a *presunção de inocência* constitui garantia de não intervenção do *ius puniendi* em casos de duvidosa legitimidade.<sup>22</sup>

Como observado, o legislador de 2008 não se preocupou em modificar a redação da parte inicial do art. 156 – que aparentemente atribui um ônus da prova também para a defesa –, mas, ao estender explicitamente o *in dubio pro reo* para os casos em que a prova sobre a existência de causas de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade é duvidosa, inovou de forma a adequar a lei ordinária ao mandamento constitucional.

É que, como bem argumenta GUSTAVO BADARÓ, “quando o art. 5.º, LVII, assegura que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe indagar se a ilicitude da conduta é ou não necessária para a condenação. Evidentemente a resposta é positiva e, em consequência, a ilicitude da conduta também é objeto da presunção de inocência: se houver dúvida sobre uma causa de exclusão de ilicitude, o acusado deve ser absolvido”.<sup>23</sup> E o mesmo vale, segundo o autor, para as excludentes de culpabilidade.<sup>24</sup>

Se é assim, é preciso interpretar a cláusula inicial do art. 156 do CPP à luz da Constituição e do modelo acusatório de processo penal que ela consagra, entendendo-se que, ao dizer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, o legislador dispõe tão-somente sobre a *iniciativa* das provas, sem atribuir qualquer encargo para as partes – muito menos para a defesa – nem estabelecer uma regra de julgamento diversa do *in dubio pro reo*.

#### 8. Os poderes instrutórios do juiz na nova redação do art. 156

Com relação aos poderes do juiz, o legislador de 2008 não só manteve a parte final da antiga redação do art. 156 do CPP, mas estendeu os referidos poderes instrutórios a momentos anteriores à própria ação penal (v. infra, n. 9).

A atribuição de poderes *officio iudicis* em matéria probatória é tema dos mais controversos, mesmo no âmbito do processo civil, porque coloca em

21. GIUSEPPE BERTOL, *La regola “in dubio pro reo” nel diritto e nel processo penale*, *Scritti giuridici*, v. 1, p. 315.

22. CRISTINA FRANCO MONTEIRO, *Porticiociedade de iminutivati...*

confronto dois valores fundamentais da administração da justiça: de um lado, a imparcialidade dos julgamentos, e, de outro, a exigência de que a decisão adotada tenha como base uma reconstrução completa e verdadeira dos fatos.

No processo penal, a questão é ainda polêmica, diante de uma contraposição extremada entre os sistemas inquisitório e acusatório, que pode ser explicada pelas experiências históricas desses modelos, desenvolvidos na Europa continental e na Inglaterra, respectivamente, a partir da superação dos *juizos de Deus*.

No continente, a técnica do inquérito visava trazer para o presente os fatos do passado, e, por isso, o objetivo maior do inquisidor era chegar a uma verdade absoluta, a todo preço e custo. O juiz-acusador era alguém comprometido em demonstrar a tese da culpabilidade, e, para tanto, nada mais cômodo do que conseguir a confissão do réu, o que legitimava até mesmo o emprego da tortura. A atividade probatória resumia-se numa tentativa desenfreada de confirmar uma verdade estabelecida *a priori*, na qual o juiz se colocava como verdadeiro inimigo do acusado.

Ao contrário, no modelo *adversary* desenvolvido na Inglaterra – depois transplantado para as colônias americanas –, a iniciativa da atividade probatória incumbia preponderantemente aos próprios litigantes, que deveriam obter, selecionar e apresentar o material probatório ao júri, para convencer os jurados sobre a ocorrência dos fatos. Disso decorria um papel de simples moderador atribuído ao juiz que presidia o julgamento, que raramente utilizava sua faculdade de convocar e interrogar testemunhas, bem como a posição absolutamente passiva dos integrantes do corpo de jurados durante a audiência de julgamento.<sup>25</sup>

Embora nos sistemas atuais certos traços dessa contraposição ainda se mantenham, até por herança cultural, o certo é que a *constitucionalização* e a *internacionalização* das garantias processuais, ocorridas sobretudo a partir do segundo pós-guerra, constituem hoje poderoso obstáculo aos riscos da atribuição de alguns poderes ao juiz na atividade de instrução.

Além disso, e por outro lado, mesmo no sistema *adversarial* anglo-americano o declínio dos julgamentos pelo júri tem conduzido a uma progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz. Este não é mais um simples árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando uma questão importante não ficou esclarecida. Como observa DAMASKA, a circunstância de ser pessoalmente responsável pela exatidão do acertoamento dos fatos induz o juiz a empenhar-se na atividade de produção das provas, alterando o clima *adversary* do debate.<sup>26</sup>

25. MICHELE PAPA, *Brevi spunti sulle rules of evidence. Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, p. 358; MIRJAN DAMASKA, *Presentation of evidence and factfinding. Preci-*

Por isso não é mais possível conceber, nos dias atuais, um juiz que seja espectador totalmente passivo diante da atividade das partes, principalmente na justiça criminal, em que as desigualdades sociais se refletem dolorosamente no processo.

Como lembra ADA PELLEGRINI GRINOVER, o juiz deve estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*; e não pode se satisfazer com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova; deve assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, determinando sua produção, sempre que necessário.<sup>27</sup>

Nem é válido qualificar como inquisitório um sistema processual em que seja atribuída alguma iniciativa instrutória ao magistrado, desde que isso não signifique restringir ou eliminar o contraditório entre as partes.<sup>28</sup>

Mais importante do que discutir a conveniência da atribuição de tais poderes ao juiz é fixar limites a essa intervenção.

De fato, segundo as lúcidas observações de MARCOS ZULLI, a iniciativa instrutória do julgador deve obedecer a uma figura e forma apropriadas, sob pena de violação do devido processo legal e, em última análise, do próprio Estado democrático de direito.<sup>29</sup>

O primeiro e essencial limite, sem dúvida, é o da *imparcialidade*, verdadeiro pressuposto da atuação judicial e garantia maior de *objetividade* de qualquer julgamento. Daí que a intervenção do juiz, ao determinar a produção de provas, não pode ser orientada por uma predisposição intelectual a determinado resultado do processo, mas só se legitima na medida em que tenha por meta o esclarecimento mais completo e rigoroso dos fatos.

Aqui também é preciso fazer referência a outra garantia fundamental, necessária para que a iniciativa oficial não se converta em porta aberta ao julgamento parcial: a *motivação* das decisões, imposta pelo art. 93, IX, da Constituição.

A obrigatoriedade de apresentação das razões da utilização dos poderes instrutórios representa, de um lado, forte estímulo à efetiva imparcialidade, impedindo escolhas subjetivas, pois é a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos. De outro, pode também a motivação constituir ponto de partida para a descoberta de eventuais motivos subjetivos, que tenham influenciado a intervenção judicial, evidenciando um possível pré-julgamento da causa.<sup>30</sup>

27. ADA PELLEGRINI GRINOVER, A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *A marcha do processo*, p. 80.

28. ALESSANDRO ALBANO, *I poteri istruttori del giudice penale*, p. 8.

29. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZULLI, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal* n

Assim, ainda lembrando a excelente monografia de MARCOS ZULLI, o mesmo Estado democrático de direito que inspira a necessidade de um "poder-dever" instrutório do julgador, tendente a uma profícua aplicação do direito substantivo, exige que aquele se materialize por intermédio de uma decisão devidamente fundamentada, permitindo, dessa forma, que os sujeitos processuais parciais tenham conhecimento das justificativas invocadas para uma postura mais ativa do juiz.<sup>31</sup>

Por último, mas não menos importante, é assegurar que a iniciativa judicial não comprometa o pleno exercício do contraditório. É que os poderes do juiz em matéria de prova, além de excepcionais e residuais, devem ser exercidos dentro do contexto das atividades desenvolvidas pelas partes.<sup>32</sup>

Aliás, como ressalta do próprio texto adotado pela Lei 11.690/2008 na nova redação do art. 155 do CPP, só são provas, em sentido próprio, aquelas produzidas em contraditório judicial (v. supra, n. 3). Isso vale evidentemente para aquelas cuja produção é determinada pelo juiz. Quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se, perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte – por isso, a intervenção e participação dos sujeitos do processo devem ser prévias.<sup>33</sup>

#### 9. A Lei 11.690/2008 não atribui poderes de investigação ao juiz penal

Como antes mencionado (supra, n. 8), constitui inovação do novo texto do art. 156 a extensão dos poderes instrutórios do juiz a momentos anteriores à própria ação penal. No seu inc. I, o artigo em exame dispõe ser facultado ao juiz, de ofício, "ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida".

A disposição tem levado à justificada preocupação de que essa previsão poderia levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória, subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.<sup>34</sup>

De fato, é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão, porque a tarefa de recolher elementos para a proposição da ação penal é, por natureza, parcial e, no nosso sistema, realizada unilateralmente pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução.

Lembrem-se, a propósito, as argutas ponderações lançadas por ADA PELLEGRI GRINOVER a propósito de previsão da Lei 9.034/1995, que permite ao juiz

penal realizar pessoalmente diligências de coleta de dados sigilosos, em qual-quer fase da persecução. Com razão, observou que, segundo a Constituição, os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.<sup>35</sup>

Essa posição, por sinal, foi adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.570/DF, em que ficou assentado que a referida previsão legislativa compromete o princípio da imparcialidade judicial e viola o devido processo legal.<sup>36</sup>

Dai por que o novo texto do inc. I do art. 156 do CPP só pode ser lido à luz da Constituição e, em especial, no quadro do modelo de processo acusatório que ela consagra. E isso afasta, sem dúvida, a figura do juiz investigador.

Ademais, para uma interpretação sistemática da Lei 11.690/2008, cabe retomar aquilo que ficou dito a propósito da redação dada ao art. 155: o legislador sublinha uma nítida e apropriada distinção entre o que é *prova* e aquilo que constitui *elemento informativo* da investigação.

Ao dizer, assim, que o juiz pode determinar produção antecipada de *provas consideradas urgentes e relevantes*, a lei não contempla outra coisa senão a iniciativa judicial para a antecipação de atos tendentes à formação de *provas* – não de elementos de investigação –, diante do risco de desaparecimento ou deterioração das fontes de informação.

São, por exemplo, os casos de depoimentos antecipados, perícias urgentes etc. – que até mesmo podem resultar em provas destinadas a demonstrar teses defensivas –, que, de outro modo, estariam comprometidos pela ação do tempo. Somente essa leitura é possível extrair do texto comentado.

**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4.º (Vetado.)

31. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZULLI, *A iniciativa instrutória...*, cit. p. 156.

32. LINA CARAGENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparcialità del giudice penale*, p. 85-86.

33. GRINOVER, *Crimes e Processo Penal*, p. 113-114.

Comentário  
do juiz