

Coordenação  
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

# AS REFORMAS NO PROCESSO PENAL

As novas Leis de 2008  
e os Projetos de Reforma

- Júri (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 MACALHÃES COMES 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.

08-10221

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

## PROVAS LEI 11.690, DE 09.06.2008

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O livre convencimento do juiz – 3. Prova e contraditório – 4. A utilização das informações da investigação na formação do convencimento judicial – 5. As provas cautelares e antecipadas – 6. As denominadas provas “não repetíveis” – 7. A questão do ônus da prova no processo penal – 8. Os poderes instrutórios do juiz na nova redação do art. 156 – 9. A Lei 11.690/2008 não atribui *poderes de investigação* ao juiz penal – 10. Era necessária a regulamentação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal? – 11. O conceito legal de prova ilícita (art. 157, *caput*) – 12. A prova ilícita por derivação (art. 157, § 1.º) – 13. O equivocado conceito de *fonte independente* – 14. A inutilização da prova inadmissível – 15. Prova pericial e contraditório – 16. As modificações da Lei 11.690/2008 em relação aos peritos – 17. A formulação de quesitos pelas partes e os esclarecimentos dos peritos – 18. Os assistentes técnicos – 19. As novas disposições sobre a vítima no processo penal – 20. A nova disciplina da prova testemunhal: observações gerais – 21. A incomunicabilidade das testemunhas – 22. Contraditório e prova testemunhal: o método de exame direto e cruzado – 23. O exame direto e cruzado das testemunhas na Lei 11.690/2008 – 24. A nova redação do art. 217 e a videoconferência – 25. A necessária fundamentação das providências do art. 217 – 26. As alterações introduzidas na redação do art. 386: a absolvição por “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” – 27. Segue: a absolvição por haver dúvida quanto a causa de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade – 28. Segue: a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas – Bibliografia.

### 1. Introdução

A Lei 11.690, de 09.06.2008, introduziu substanciais alterações no Código de Processo Penal de 1941, especialmente em relação à disciplina da prova.

Inserir-se o novo diploma num conjunto de reformas setoriais do processo penal brasileiro, há muito discutidas pela comunidade jurídica e acadêmica, que visam ao aperfeiçoamento da legislação, levando em conta a necessária adequação da lei ordinária aos princípios e garantias processuais consagrados pela Constituição de 1988.

A matéria da prova era, sem dúvida, aquela em que se fazia sentir – de forma mais direta e urgente – a atualização dos mecanismos processuais, estabelecidos

sob a égide do regime autoritário de 1937, em face de uma ordem democrática e fundada na tutela dos direitos individuais.

É bem verdade que em muitos pontos essa tarefa já vinha sendo realizada pela jurisprudência, o que não afasta a exigência do estabelecimento de regras mais precisas, num setor do ordenamento em que deve prevalecer o respeito ao princípio da legalidade estrita.

A lei comentada teve sua origem em anteprojeto elaborado por Comissão constituída pelo então Ministro da Justiça Dr. José Carlos Dias e presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover,<sup>1</sup> cujos trabalhos tiveram continuidade na gestão do Ministro Dr. José Gregori. Dessa proposta resultou a apresentação ao Congresso Nacional, pelo Executivo, do Projeto de Lei 4.205/2001. Várias alterações foram feitas na longa tramitação legislativa, algumas com repercussão no espírito da proposta inicial, mas que, de modo geral, não diminuem os significativos avanços na disciplina da prova penal.

São características salientes no novo texto: a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de *prova*; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; e, ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas. Ao lado disso, mesmo fora da matéria probatória, foram introduzidas importantes garantias processuais para a vítima.

Passa-se então ao exame dos novos textos legislativos.

**Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na

1. A Comissão constituída pelo Ministro da Justiça era formada por Ada Pellegrini Grinover (presidente), Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, Petrónio Calmon Filho (secretário), René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco e Sidnei Benetti.

Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.  
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

## 2. O livre convencimento do juiz

Um dos pontos fundamentais da nova regulamentação da prova penal, que decorre da Lei 11.690/2008, é uma clara e mais correta delimitação do que se deve entender como *livre convencimento* do juiz.

Como antítese do superado sistema da *prova legal*, em que a eficácia das provas vinha determinada *a priori* pelo legislador, o *livre convencimento* permite ao juiz determinar discricionariamente o valor das provas – isoladamente e no seu conjunto – para estabelecer a verdade dos fatos em que se assentam as pretensões das partes.

Mas se é claro esse *sentido negativo* – de exclusão de prescrições normativas para a avaliação do material probatório –, nem sempre é bem compreendido o seu *conteúdo positivo*, o que leva à freqüente confusão entre a liberdade de apreciação de dados objetivos regularmente incorporados ao processo e uma valoração subjetiva isenta de critérios racionais e de controles.<sup>2</sup>

Por isso, como sublinha MASSIMO NOBILI, a fórmula *livre convencimento* do juiz pode ser entendida de duas maneiras: a primeira, ligada a uma transposição equivocada da *íntima convicção* própria dos julgamentos populares, identifica a liberdade de valoração das provas com uma escolha intuitiva, obscura e irrefletida, que dispensa justificação; a segunda propõe uma interpretação do princípio que não afasta o caráter *racional* do juízo sobre os fatos, vinculando-o não mais às regras da prova legal, mas a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos da lógica e da experiência no que toca à avaliação do material obtido.<sup>3</sup>

No primeiro caso, é possível identificar uma ideologia autoritária do julgamento que, sob o rótulo da *certeza moral*, desvaloriza os aspectos lógicos e gnosiológicos das operações realizadas pelo juiz para chegar ao conheci-

2. LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO, *Lezione sul processo civile*, p. 623.

3. MASSIMO NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 50-55, com amplas referências bibliográficas; idem, *Lecture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 14/275-278; entre nós, por todos, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 298-299.

mento dos fatos, desprezando em consequência as garantias de racionalidade e controlabilidade das escolhas por ele empreendidas no exercício da função de julgar.<sup>4</sup>

Na segunda acepção, ao contrário, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.<sup>5</sup>

Trata-se, assim, de uma liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios obtidos que reclama *controles* sobre a introdução das provas no processo e sobre a sua utilização pelo juiz na formação do convencimento. Esses *controles* de racionalidade podem operar *ex ante*, pela seleção do material probatório, feita em caráter abstrato pelo legislador (pense-se, por exemplo, nas restrições legais à admissibilidade de certas provas) ou pelo próprio juiz – com a participação das partes em contraditório – nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas, ou *ex post*, quando a validade do raciocínio judicial pode ser verificada por outros sujeitos por meio do exame da motivação.<sup>6</sup>

Dá a nossa afirmação inicial de que a redação do atual art. 155 do CPP, em substituição ao texto do antigo art. 157, circunscreve de forma correta o conceito. É que, ao mencionar que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação “da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, a nova lei exclui peremptoriamente do juízo de fato quaisquer elementos de convicção que não sejam os estritamente mencionados.

Assim, foi afastada pelo legislador a confusão, ainda muito freqüente na prática judicial, entre *livre convencimento* e *liberdade de prova*: aquele tem lugar no momento de valoração e incide apenas sobre as provas produzidas em contraditório e, excepcionalmente, sobre informações trazidas pela investigação (v. infra, n. 4); não significa a possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento, nem autoriza a busca da verdade a todo preço e custo.

## 3. Prova e contraditório

A verdadeira *pedra angular* da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de *prova* à observância do *contraditório*.

4. MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, p. 245-246.

5. VITTORIO DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *Rivista di Diritto Processuale* 27(3)/431, 1972.

6. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, p. 395.

Ao dizer que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação da *prova produzida em contraditório judicial*, excluindo, ao mesmo tempo, que possa utilizar exclusivamente *elementos informativos colhidos na investigação*, o legislador consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é *prova* e aquilo que constitui *elemento informativo* da investigação.

São, com efeito, conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades com finalidades diversas: os *atos de prova* objetivam a introdução de dados probatórios (*elementos de prova*) no processo, que servem à formulação de um *juízo de certeza* próprio da sentença; os *atos de investigação* visam à obtenção de informações que levam a um *juízo de probabilidade* idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.<sup>7</sup>

A Lei 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre *prova* e *elemento informativo trazido pela investigação*, ressalta que a observância do contraditório é verdadeira *condição de existência* da prova.

De fato, só podem ser considerados *provas*, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.<sup>8</sup>

O *contraditório* não é apenas uma qualidade do processo, mas uma nota essencial ao seu próprio conceito. Como ensina FAZZALARI, só o procedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera jurídica o ato final produzirá efeitos, em simétrica paridade, pode ser chamado de *processo*.<sup>9</sup>

O contraditório processual tem, em primeiro lugar, um fundamento político-ideológico: no Estado democrático de direito as decisões judiciais não somente são pronunciadas *em nome* do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições.<sup>10</sup>

Em outra ótica, a contradição entre as partes cumpre ainda uma significativa função social, qual seja a de *legitimar* a decisão a ser tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação de uma solução ainda incerta, e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.<sup>11</sup>

Finalmente – e mais importante em relação ao tema da prova –, no contraditório também pode ser entrevisto um fundamento *técnico*, pois o melhor

7. AURY LOPES JR., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 227-228.

8. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, p. 146-148.

9. ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 58.

10. CÂNDIDO R. DINAMARCO, O princípio do contraditório, *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 93.

11. NIKLAS LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 91 e ss.

*método* para a descoberta da verdade dos fatos é aquele em que se levam em conta as contribuições trazidas pelas partes.

No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos.<sup>12</sup>

A Lei 11.690/2008 sublinha, portanto, a diversidade conceitual e o próprio valor, na formação do convencimento do juiz, entre o que constitui prova (dado de conhecimento formado em contraditório) e elemento informativo da investigação (obtido de forma inquisitória).

#### 4. A utilização das informações da investigação na formação do convencimento judicial

Apesar do estabelecimento dessa importante distinção, vinculando a própria noção de prova ao atendimento do contraditório judicial, o legislador de 2008 não acolheu integralmente a proposta do Poder Executivo, que vedava, de forma absoluta, a utilização das informações trazidas pela investigação na formação do convencimento do juiz.

Ao contrário, ao introduzir na nova redação do art. 155 do CPP o advérbio *exclusivamente*, a Lei 11.690 permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, *também*, provas produzidas em contraditório judicial.

Em outros termos: para chegar ao *resultado da prova*,<sup>13</sup> ou seja, à conclusão sobre a veracidade ou a falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de *prova* (produzida em contraditório) como de informações trazidas pela investigação. Só não poderá se utilizar, diz a lei, *exclusivamente* de dados informativos da investigação.

Isso significa que, para se ter como *provada* – no sentido de *demonstrada, verificada* – uma afirmação sobre um fato, com base nos dados de conhecimento existentes no processo, é possível utilizar informações obtidas na investigação, mas sob a condição de que existam também – para confirmá-las – *provas* (*elementos de prova*) produzidas em contraditório judicial.

12. MICHELE TARUFFO, *La prova...* cit., p. 403.

13. Sobre o conceito de resultado de prova, v. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 307-308.

Assim, ao contrário do que se poderia supor, não basta a existência de qualquer prova judicial para permitir a utilização das informações trazidas pela investigação. É essencial que o elemento de prova produzido em contraditório seja *convergente* com o dado de conhecimento contido no inquérito. E só haverá *convergência* dos diversos elementos – os da investigação e os produzidos em contraditório – quando, em relação à mesma hipótese, tendam eles a produzir o mesmo resultado.<sup>14</sup>

Pense-se, para exemplificar, na situação em que as informações do inquérito policial apontem para a ocorrência de um furto qualificado. Se as provas produzidas em contraditório judicial somente confirmarem a subtração, mas nada disserem sobre a qualificadora, em relação a esse último fato não haverá convergência e, portanto, o juiz não poderá sobre ele formar o seu convencimento exclusivamente com base nas informações do procedimento investigatório.

Dito de outro modo: para demonstração de um *fato* é possível usar as informações do inquérito, desde que elas estejam corroboradas por prova judicial. Mas a prova de um *fato*, é evidente, não é apta a confirmar fato diverso.

##### 5. As provas cautelares e antecipadas

Na sua parte final, a disposição em exame faz expressa ressalva em relação às provas *cautelares, não repetíveis e antecipadas*, que podem, assim, ser utilizadas na formação do convencimento judicial, mesmo que no momento de sua produção não tenha sido observado o contraditório.

Cabe, então, a esta altura, fixar esses conceitos e os limites da utilização dessas provas no processo, começando pelas *cautelares e antecipadas*.

Por sua natureza, o processo é uma atividade que reclama tempo, mas isso pode acarretar, muitas vezes, o comprometimento dos seus resultados ou de sua própria realização. Daí a utilização, pela técnica processual, de certos mecanismos tendentes a antecipar algumas providências, de modo a evitar que a demora possa comprometer a eficácia ou a correção da função judiciária.

As atividades cautelares, desenvolvidas por meio do processo que toma o mesmo nome e que objetivam os chamados provimentos acautelatórios, propiciam condições para o êxito das tarefas de conhecimento e execução; são, portanto, “um instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”.<sup>15</sup>

Dentre tais mecanismos incluem-se também aqueles destinados a assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que a ação do tempo impeça ou dificulte que *pessoas* ou *coisas* possam servir como *fonte* de prova.

14. MICHELE TARUFFO, *La prova...* cit., p. 257.

15. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 261.

No dizer de CALAMANDREI, são eles os *procedimentos instrutórios antecipados*, mediante os quais a formação das provas ou a aquisição e o controle das provas pré-constituídas ocorrem não no processo e no momento oportuno, mas antes da própria instauração da relação processual e também precedendo a própria fixação do objeto da lide.<sup>16</sup>

Como providências de natureza cautelar, somente admissíveis em caráter excepcional, estão sujeitas aos requisitos típicos do *fumus boni iuris* – no caso, a relevância da prova que se pretende produzir antecipadamente – e do *periculum in mora* – caracterizado aqui pelo risco de que, ao tempo da instrução, a fonte de prova não mais exista ou não possa trazer as informações que interessam ao processo.

A legislação processual penal prevê diversas situações em que a urgência em se obterem elementos de prova úteis ao esclarecimento dos fatos justifica a antecipação de providências que, em condições normais, somente seriam realizadas em ocasião posterior, com a presença do juiz e das partes.

Pense-se, por exemplo, na determinação judicial de busca e apreensão domiciliar (art. 240 e ss. do CPP), na autorização para as interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996), no exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), nos depoimentos antecipados (arts. 225 e 366 do CPP) etc.

Nesses casos, é o perigo de desaparecimento ou de comprometimento da fonte de prova, pelo decurso do tempo, que autoriza, excepcionalmente, uma restrição inicial ao pleno exercício do contraditório. Mas isso não significa que as partes não possam, posteriormente, exercer as prerrogativas inerentes à garantia constitucional, discutindo não só a legalidade da antecipação, mas também a validade e idoneidade dos elementos obtidos. Nesses casos, deve haver o *contraditório diferido*.

O novo texto do art. 155 fala em provas *cautelares e antecipadas*. Na verdade, a distinção entre elas não tem importância prática, pois o que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação da prova. A diversidade terminológica tem sua raiz na consideração do meio ou do resultado: a medida acautelatória é o instrumento para a antecipação da produção da prova.

O que o legislador pretendeu certamente sublinhar, com a variação de nomenclatura, foi que há situações mais gerais em que os atos de formação de prova são realizados cautelarmente, independentemente da observância do contraditório, e outros casos em que a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada (v.g., o do art. 225 do CPP), com a necessária participação das partes.

16. PIERO CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 31-33.

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, de declarações prestadas anteriormente perante a Polícia Judiciária ou o MP, na investigação, ou diante do juiz, no curso da audiência preliminar, quando, *por 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 *dibattimento*, 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 probatório*. Assim, se for *previsível* uma circunstância que impeça a posterior produção da prova na fase de *dibattimento*, 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 probatório*, 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 no processo penal italiano*, p. 237.

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.

Código de 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 princípio-garantia da *presunção de inocência* consagrado em nosso ordenamento