
A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

The Instructory Judge Initiative in Brazilian Criminal Procedure

Juliana Alves Belo ¹

Silvia Rezende Campos²

Ana Carolina Dias³

Fábio Presoti Passos⁴

Resumo: O art. 156 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, ampliou os poderes instrutórios do juiz, ao facultar-lhe a produção de provas *ex officio*, para a elucidação dos fatos, até mesmo na fase de inquérito. O presente artigo tem como objetivo investigar a produção de provas pelo juiz e analisar se sua iniciativa não contraria o Sistema Acusatório, bem como a imparcialidade no julgamento. Considerando o modelo constitucional de processo a ser utilizado quando da interpretação do Código de Processo Penal, analisa-se a atuação do julgador e as atribuições da gestão da prova, para possibilitar uma análise do risco de parcialidade do magistrado quando da prolação da decisão.

Palavras-chave: Iniciativa instrutória; Gestão da prova; Sistema Acusatório; Imparcialidade; Processo Penal.

Abstract: The art. 156 of the Criminal Procedure Code, as amended by Law No. 11.690 / 08 expanded the instructive powers of the judge, to provide you with the production of evidence *ex officio*, to the elucidation of the facts, even at the investigation stage. This paper aims to investigate the production of evidence by the judge and analyze whether their initiative does not contradict the adversarial system and impartiality in the trial. Considering the constitutional process model to be used when interpreting the Criminal Procedure Code, it analyzes the role of the judge and the powers of the race management, to enable an analysis of the magistrate of bias risk when issuing a decision.

Keywords: Instructory Initiative; The race management; Adversarial system; impartiality; Criminal proceedings.

1 Psicóloga. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Mestre em Sexologia pela Universidade Gama Filho – UGF. Especialista em Psicanálise pela Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC e Psicodrama pelo Instituto Mineiro de Psicodrama -IMPSI. Conciliadora voluntária no JESP Criminal. Professora na Faculdade Minas Gerais - FAMIG

2 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Curso Superior de Formação Específica em Desenvolvimento Gerencial pelo Centro Universitário UNA. Oficiala de Justiça Avaliadora da Comarca de Belo Horizonte - primeira instância - TJMG

3 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG

4 Advogado. Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-MG.

INTRODUÇÃO

No Brasil utiliza-se, ainda hoje, o diploma legal penal da década de 40, o qual conserva características do modelo inquisitivo, sobretudo quanto à gestão da prova. Note-se que aludido sistema revela-se totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que ampliou os poderes instrutórios do juiz, ao facultar-lhe a produção de provas *ex officio*, até mesmo na fase de inquérito, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Questiona-se, entretanto, se referida produção de provas pelo juiz não contraria o Sistema Penal Acusatório adotado no Brasil, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Perquire-se também, se ao produzir prova, o Magistrado não estaria se posicionando no lugar das partes, tendo em vista que acusação, defesa e julgador possuem no processo penal lugares constitucionalmente demarcados.

O tema da produção de provas *ex officio* pelo juiz no processo penal é atual e relevante, inclusive tramita na Câmara dos Deputados, sob o número 8.045/2010, o Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal destinado a promover ampla reforma no Código de Processo Penal.

É cediço que a fase de instrução é essencial para acusação e defesa no processo, pois é com base nas provas colacionadas aos autos que o magistrado forma seu convencimento para posteriormente proferir a sentença. Tal momento processual penal é de suma importância, porque o que está em jogo é a liberdade do acusado, direito fundamental constitucional.

O Estado Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988, abandonou a ditadura e instaurou o regime democrático. Desde então, adotou-se o Sistema Processual Penal Acusatório, o qual possui, entre outras características: divisão, entre órgãos distintos, das funções de defender, acusar e julgar; publicidade dos atos; aplicação do devido processo legal; acusado como sujeito de direitos e afastamento da gestão da prova pelo Magistrado.

Este modelo processual penal enxerga o processo como um procedimento realizado em contraditório, em simétrica paridade entre as partes (acusação e defesa), para a construção do provimento final, com direito a ampla defesa.

Destarte, tem-se como objetivo investigar o processo de produção de provas *ex officio* pelo juiz e analisar se tal atividade probatória rompe com o Sistema Acusatório penal adotado pelo Estado Democrático de Direito.

O problema de pesquisa analisado surgiu do seguinte paradoxo: o “poder” conferido ao juiz, no artigo 156 do Código de Processo Penal, para produzir provas *ex officio*, não fere o Sistema Acusatório constitucional instaurado com o Estado Democrático de Direito? A gestão da prova pelo Juiz não prejudicaria sua imparcialidade ao proferir a sentença, considerando que uma das principais características do Sistema Acusatório consiste na separação das funções de acusar, defender e julgar?

Para o desenvolvimento deste trabalho utilizou-se a pesquisa bibliográfica que consiste na leitura prévia de diversos artigos científicos, livros, jurisprudências, periódicos, revistas, a fim de se obter informações sobre o tema em análise, adotando-se como paradigma de análise o modelo constitucional de processo, que servirá de balizador e marco das discussões propostas.

AS ATRIBUIÇÕES DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), o significado da palavra parte compreende a pessoa que requer algo em juízo, tanto quanto àquela perante a qual se pede alguma coisa. Comumente dizendo, as partes são compostas pelo autor (que pede) e o réu (do qual se pede alguma coisa). Além disso, o aludido autor faz a diferenciação entre parte formal e parte material. A primeira é entendida como a posição processual de uma pessoa num processo (autora ou réu), a segunda refere-se às pessoas que atuam com parcialidade, ou seja, pugnam pela aplicação do direito exclusivamente como meio benéfico à relação jurídica material trazida ao processo.

Em outras palavras: a parte é material quando há coincidência entre a sua manifestação (de direito material) na causa e sua posição no processo (requerimento de condenação por quem é autor); é formal quando independe de tal coincidência, como ocorre, por exemplo, quando o Ministério Público, mesmo autor da ação, requer a absolvição do acusado (art. 385, CPP) (OLIVEIRA, 2011, p. 375).

Para este autor, contrariando a maioria dos doutrinadores, é possível haver uma parte que não seja parcial, ou seja, que cuide dos interesses da acusação tanto quanto da defesa, como é o caso do Ministério Público.

Outro jurista, Fernando Capez (2011) divide as partes em parciais, ou seja, demandante e demandado e imparciais como sendo o juiz. Sendo demandante aquele que pede algo em juízo e o demandado aquele sobre o qual recai a demanda. As partes parciais e a parte imparcial também podem ser denominadas de sujeitos processuais. Acrescenta que os sujeitos processuais podem ser considerados principais ou acessórios (ou colaterais). Serão principais o juiz, o autor (pode ser o Ministério Público ou o ofendido) e o acusado. A relação processual para se constituir deverá ser no mínimo composta pelos sujeitos processuais principais. Já os sujeitos acessórios serão aqueles que embora não sejam de suma importância numa relação processual, nela intervêm de alguma forma, como é o caso dos assistentes, auxiliares da justiça e os terceiros interessados ou não.

No intuito de minimizar possíveis confusões para o leitor, optou-se utilizar a palavra parte em seu sentido *lato*, conforme entendimento de Fernando Capez (2011), referindo-se, portanto, a parte parcial (acusação e defesa) e imparcial (juiz).

Especificamente com relação às partes, a Constituição Federal de 1988 trouxe alguns princípios de extrema relevância no que tange a limitação daquelas no âmbito processual penal para efetivamente garantir o devido processo legal.

Constitucionalização do Processo Penal

A postura do Estado diante dos indivíduos sofreu mudanças significativas com a promulgação da nova Constituição Federal em 1988 sob dois aspectos: o primeiro por inaugurar o Estado Demo-

crático de Direito, e segundo, por se tratar de uma constituição rígida, o que gera um processo mais complexo para se modificá-la dando-lhe a condição de supremacia legislativa no ordenamento jurídico.

[...] significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconhece e na proporção por ela distribuídos. É enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; *é nela que se acham as normas fundamentais de Estado*, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2009, p. 45).

A constitucionalização do Direito é consequência de um conjunto de fenômenos que caracterizam o neoconstitucionalismo ou “novo constitucionalismo”, movimento em que a Constituição não é vista apenas como um limite à atuação do poder político, mas, sobretudo um meio de concretizar os direitos fundamentais “deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo” (LENZA, 2010, p. 55).

Assim, todas as normas infraconstitucionais só terão validade se estiverem em conformidade com a norma constitucional.

No entanto, faz-se necessário distinguir, conforme a doutrina, direitos fundamentais de garantias fundamentais para melhor entendimento do tema. Aqueles dizem respeito aos bens assegurados pela Constituição, como por exemplo: direito à vida, a liberdade, à propriedade, etc. Estes se constituem em ferramentas para a efetivação dos direitos preconizados na Constituição, como por exemplo: o *habeas corpus* que garante o direito de locomoção, a proibição da pena de morte que garante o direito à vida, entre outros (CASTRO, 2009).

Portanto, não seria admissível a leitura do processo penal sem levar em consideração a Carta Magna, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci:

Logo, não se pode visualizar a relação que o processo penal possui com o Direito Constitucional, como se fosse uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor, o que não ocorre. Devemos partir da visão constitucional de direito e democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e garantias humanas fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal. (NUCCI, 2006, p. 74).

Contudo, não se pode afirmar ainda que o processo penal é um direito constitucional aplicado unicamente com base na premissa de que aquele deverá se adequar a lei maior que é a Constituição. Pois, sabe-se que não é suficiente o reconhecimento de todos os direitos e garantias para sua efetivação, faz-se necessária aplicação destes no caso concreto.

[...] Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 25).

O processo penal só terá legitimidade se sua atuação passar pelo filtro constitucional, (identificar e aplicar direitos e garantias fundamentais) em outras palavras, se estiver adequado aos mandamentos constitucionais, para se evitar que os direitos sejam transgredidos (CASTRO, 2009).

Para tanto, deve-se atentar para o fato de que o “devido processo penal” deverá ser peneirado pela Constituição sem se deixar ser utilizado como ferramenta que gere a impunidade. A aplicação dos direitos e garantias fundamentais não implica em deixar de punir o indivíduo se este cometeu o delito, deve ser visto como um limite ao poder do Estado de punir evitando-se assim arbitrariedades contra o indivíduo. Sendo este, portanto, o grande desafio do direito processual penal (CASTRO, 2009).

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque se admite sua exigência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9).

Há que se observar a coexistência entre o dever de punir o indivíduo que comete o delito, mas sempre respeitando os direitos e garantias constitucionais. Considerar-se-á o processo penal como um direito constitucional aplicado se utilizado em favor da dignidade da pessoa humana (CASTRO, 2009). Ademais, a carta magna de 1988 instituiu o Sistema Acusatório como modelo de sistema processual do Estado Democrático de Direito, ao descrever vários princípios que estabelecem o lugar de cada uma das partes na relação processual. Tendo em vista que, descentralizou as funções de acusar, defender e julgar, anteriormente sobrepostas na figura de uma única pessoa, a saber, do juiz. Dando lugar ao chamado juiz de garantias ou garantidor (MARTINS, 2011).

O Juiz do Processo Acusatório e do Garantismo Penal é chamado de Juiz de Garantias ou Juiz Garante pelo simples fato de que o mesmo busca as garantias processuais como base do desenvolvimento do processo em si, haja vista, a necessidade da aplicação destas garantias para que seja o litígio considerado paritário e justo (MARTINS, 2011, p. 67).

Muitos são os princípios constitucionais que se referem às partes (acusação, defesa e juiz), dentre eles: princípio da igualdade processual, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, imparcialidade do juiz, o princípio do juiz natural, princípio do promotor natural, o princípio da identidade física do juiz, oficialidade, oficiosidade, motivação das decisões judiciais, estado de inocência, favor rei (CAPEZ, 2011).

O lugar constitucionalmente demarcado para o Ministério Público

O Ministério Público é instituição permanente e constitui-se como uma das funções essenciais da justiça.

[...] incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, caput). Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-Administração, expondo ao Estado-Juiz a pretensão punitiva (CAPEZ, 2011, p. 219).

É o titular com exclusividade determinada constitucionalmente (art. 129, I) para propor a ação penal pública tanto condicionada quanto incondicionada, com exceção prevista no art. 5º, LIX que prevê ao ofendido a titularidade da ação penal privada subsidiária da pública. Cabe-lhe ainda, o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII), requisitar diligências investigatórias e instaurar o inquérito policial (art.

129, VIII). O princípio do promotor natural está previsto constitucionalmente no art. 5º, LIII, que relata que ninguém será processado senão pelo órgão competente (CAPEZ, 2011).

Conforme Fernando Capez (2011), a natureza da função do Ministério Público no âmbito processual penal é muito debatida. Apresenta quatro posições defendidas: a primeira delas que considera o Ministério Público como um quarto poder, ou seja, não se enquadrando em nenhum dos poderes (legislativo, executivo e judiciário); a segunda na qual o inclui dentro do poder Judiciário; a terceira considerada como parte instrumental sob o ponto de vista estrutural assemelhando-se aos juízes e pela via processual assemelha-se as partes privadas e o quarto posicionamento no qual o Ministério Público insere-se como sendo uma parte comum da relação jurídica processual.

No entanto, no sistema jurídico brasileiro a terceira posição tem prevalecido ao considerar o Ministério Público como parte no processo, tendo em vista que este exerce atividade postulatória, mas que age em prol de interesses públicos. “Por isso se diz, com propriedade, que o Ministério Público exerce acusação pública, não mera acusação de parte” (CAPEZ, 2011, p. 219).

O Ministério Público é regido pelos seguintes princípios constitucionais, tais como: unidade e indivisibilidade, independência, autonomia funcional e administrativa, conforme previsto no art. 127 §1º e §2º da Constituição Federal. Dentre as prerrogativas e vedações a atuação do órgão ministerial, a Constituição prevê a este como um todo, bem como aos seus integrantes algumas garantias, tais como: relativa autonomia administrativa e orçamentária, limitações à liberdade do chefe do executivo para nomeação e destituição do procurador geral, vedação de promotores *ad hoc*, vitaliciedade e inamovibilidade.

O lugar constitucionalmente demarcado para o órgão julgador (Juiz Penal e Jurados)

O juiz, ou seja, o Estado-Juiz, como já foi dito, constitui a parte imparcial na relação jurídica processual penal.

Como sujeito imparcial, cuja razão de estar no processo reside na realização pacífica do direito material penal, que, como se sabe, não pode ser voluntariamente aplicado pelas partes, o juiz coloca-se *super et inter partes*, isto é, substituindo a vontade destas e dizendo, no caso concreto, qual o direito substancial aplicável. Assim, sua maior virtude é a imparcialidade (CAPEZ, 2011, p. 216).

Quando o Estado proibiu aos particulares o exercício da autotutela e a autocomposição, salvo em casos previstos em lei, tomou para si a responsabilidade de prestar a jurisdição, sendo, pois, proibido ao juiz escusar-se de sentenciar (art. 5º, XXXV, CF/88 – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). Para isso, a Constituição Federal de 1988, instituiu alguns princípios fundamentais para o exercício da função do juiz penal, tais como: imparcialidade do juiz, oficialidade, duplo grau de jurisdição, motivação das decisões, juiz natural, identidade física do juiz.

O princípio da imparcialidade do juiz significa que o juiz não pode ser parcial em suas decisões, deve se manter equidistante para julgar, para isso a Constituição prevê algumas garantias e vedações ao magistrado (art. 95 da CF/88) com fins de se evitar sua parcialidade.

O princípio da oficialidade prevê que os órgãos incumbidos da persecução penal criminal são órgãos oficiais, tendo como titular da ação penal o Ministério Público (Art. 129, I, CF/88) e disciplinando a polícia judiciária (Art. 144, CF/88).

O princípio do duplo grau de jurisdição é a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas julgadas em primeira instância, consoantes arts. 102, II, 105, II e 108, II da CF/88. Quanto ao princípio da motivação das decisões, estas precisam ser justificadas sob pena de nulidade, conforme previsto no art. 93, IX, CF/88.

O princípio do juiz natural está previsto no art. 5º, LIII, CF/88 no qual dispõe que ninguém será sentenciado senão pelo juiz competente. Ou seja, a todos é garantido o direito de serem submetidos a julgamento por órgãos do poder judiciário. Deste princípio decorre a proibição de tribunal de exceção art. 5º, XXXVII, CF/88 (CAPEZ, 2011).

No sentido de garantir a imparcialidade do juiz a Constituição Federal de 1988 oferece ao magistrado garantias, tais como: ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos; promoção por merecimento, antiguidade; vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos (CAPEZ, 2011).

O lugar constitucionalmente demarcado para o acusado e Defesa

Conforme Fernando Capez (2011, p. 222), o acusado “é aquele em face de quem se deduz a pretensão punitiva, é o sujeito passivo”. No entanto, esta pessoa por ser sujeito de direitos tem constitucionalmente assegurados alguns direitos e garantias, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), devido processo legal (art. 5º, LIV), o direito ao respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), presunção de inocência (art. 5º, LVII), direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), direito à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV), entre outros.

Quanto à Defesa, no processo penal, esta se divide em: autodefesa e defesa técnica. A primeira ocorre no momento do interrogatório, sendo direito do acusado permanecer calado, bem como relatar a versão dos fatos que melhor lhe convier, uma vez que ele não presta compromisso com a verdade. A segunda caracteriza-se pela defesa realizada por um advogado particular, dativo ou defensor público (CAPEZ, 2011).

Ressalta-se que a Defensoria Pública também se constitui como um órgão essencial ao funcionamento da justiça (arts. 133 a 135, CF/88), dotada de autonomia funcional e administrativa, voltada para a orientação jurídica e defesa daqueles que não possuem recursos, em todos os níveis, consoante prevê o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988.

TEORIA GERAL DA PROVA

Inicialmente cumpre esclarecer que o direito à prova é um direito público subjetivo inerente ao exercício da ação penal garantido a ambas as partes, quais sejam, autor e réu. Consiste no direito de convencer o julgador quanto à veracidade das alegações feitas.

Necessário destacar que o atual Código de Processo Penal Brasileiro, após as modificações sofridas em 2008, determina que a iniciativa probatória é de incumbência das partes, entretanto, prevê também que o juiz pode determinar a realização de provas de ofício, o que será analisado mais adiante.

Conceito de prova

Embora, a palavra prova apresenta-se ainda associada à ideia de que ela permite a efetiva reconstrução dos fatos em análise, com a finalidade de se atingir a tão almejada “verdade real”. Hoje se sabe que a prova não é capaz de gerar a certeza absoluta quanto à culpa de alguém, mas tão somente de formar a convicção do juiz a partir da análise do conjunto probatório constantes dos autos (SOUZA; SILVA, 2010).

O termo prova compreende várias acepções, em sentido comum, segundo o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2009, p. 1649) pode ser entendido como: “Aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”.

No âmbito jurídico, dentre os muitos sentidos, pode expressar, como por exemplo: prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova e prova como meio de obtenção de prova (FEITOZA, 2008).

De Plácido e Silva conceitua prova:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza e respeito da existência do fato ou ato demonstrado. A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta (SILVA, 2010, p. 620).

Segundo Paulo Rangel, prova é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa” (RANGEL, 2010, p. 453).

Moacyr Amaral dos Santos diz que: “costuma-se, assim, conceituar prova, no sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo” (SANTOS, 1999, p. 329).

Outro não é o entendimento de Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2011), os quais afirmam que prova é o elemento que possibilita ao magistrado formar seu convencimento acerca dos fatos.

Veja-se que as provas são fundamentais para demonstrar a realidade dos fatos e, por conseguinte, contribuir para a persuasão do juiz. Assim, o presente trabalho adotará o sentido de prova tal como entendido pelos doutrinadores Paulo Rangel (2010), Moacyr Amaral dos Santos (1999), Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2011), ou seja, elementos que servirão de base para formar o convencimento do juiz.

Ônus Probatório

Segundo Paulo Rangel (2010), a expressão ônus tem origem do latim *onus, oneris*, cujo sentido é carga, peso, fardo, ou seja, aquilo que sobrecarrega. Para ele, tal encargo incumbe às partes que têm que persuadir o julgador com base em suas alegações.

Denílson Feitoza coaduna do mesmo entendimento ao asseverar que ônus probatório é: “o encargo que tem a parte de provar a verdade de fato alegado” (FEITOZA, 2008, p. 634).

Necessário se faz estabelecer a diferença entre ônus e dever, sendo que no primeiro caso, se este não for realizado, ninguém, a não ser o próprio encarregado, sairá prejudicado, tendo em vista que padecerá com sua inércia ou ineficiência. Já no segundo, este sim, sempre se estabelece em relação à outra pessoa e faz brotar o direito subjetivo (FEITOZA, 2008).

Assim elucidam os autores Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva:

Ônus vem a ser a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual, o qual pode lhe proporcionar alguma vantagem processual. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais, gerando um prejuízo contra seus próprios interesses, não se confundindo com obrigação, já que esta pressupõe uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica e que portanto, pode exigí-la, podendo o obrigado ser coercitivamente forçada a implementá-la (SOUZA; SILVA, 2010, p. 332 e 333).

Desse modo, verifica-se que o ônus da prova é uma faculdade daquele que alega e não uma obrigação (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

A doutrina não é pacífica quanto a quem incumbe o ônus da prova, pois, existem aqueles que acreditam que tal ônus deve ser repartido entre as partes (defesa e réu), e outros que entendem que o ônus compete exclusivamente à acusação (TÁVORA; ALENCAR 2011).

Como adepto da primeira corrente, tem-se o jurista Denílson Feitoza (2008) o qual sustenta que, dispõe o *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Nesse sentido, a interpretação dada ao aludido dispositivo legal em sua primeira parte, é que o ônus da prova seja repartido entre defesa e acusação, uma vez que prevê que aquele que alega o fato terá o encargo de prová-lo. Contudo, comporta a exceção, na qual concede ao magistrado a possibilidade de produzir provas, de ofício, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme descrito no referido artigo, segunda parte (FEITOZA, 2008).

Ademais, é cediço que o juiz necessita da prova dos fatos, pois ele, não pode ser acusador nem defensor em respeito ao princípio da imparcialidade, nem pode se eximir de decidir, em respeito ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição (FEITOZA, 2008).

Deste modo, segundo Denílson Feitoza, em geral cabe: “a) Ao acusador a prova do fato constitutivo do direito (ou poder) estatal de punir; b) ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de punir”. (FEITOZA, 2008, p. 635)

Tal forma de compreender o artigo supracitado recebe inúmeras críticas de parte da doutrina, porque ao incumbir o acusado a prova de sua inocência estaria violando o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade. Nas lições de Thiago Carvalho⁵ (2008, *apud* CARVALHO, 2009), ao dar essa atribuição ao acusado, implica em denotá-lo verdadeiro culpado, e sua condenação é consequência imediata se eventualmente ele não se desincumbir desse ônus de forma satisfatória.

Lado outro, Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2011) entendem que o ônus probatório no direito penal deve ser analisado sob o princípio da presunção de inocência, o que implica dizer que se o magistrado tiver qualquer dúvida quanto à condenação do acusado, ele terá que absolvê-lo. Até porque, conforme o artigo 386 do Código de Processo Penal, nos incisos II, V e VII, mostram que havendo fragilidade probatória, a absolvição do acusado é medida que se impõe.

Assim, cabe ao órgão acusador demonstrar ao julgador “a presença dos requisitos do *jus puniendi* do Estado, pois esse é exatamente o papel da acusação, pleitear perante o Estado-jurisdição a aplicação de uma pena àquele que infringe a norma penal” (SOUZA; SILVA, 2010, p. 334).

Para esta corrente, uma análise do artigo 156 do Código de Processo Penal à luz do texto constitucional conduz à ilação de que para a acusação é um direito-dever o direito à prova, enquanto que para a defesa o direito à prova é uma liberdade de agir, ou seja, faculta-lhe usar ou não desse direito. Portanto, pode-se asseverar que o ônus da prova no processo penal é do órgão acusador e não de ambas as partes.

Embora não haja um consenso sobre o tema, verifica-se que tem prevalecido o entendimento de que o ônus da prova deve ser repartido entre acusação e defesa.

Sistemas de Avaliação da Prova

É a partir da avaliação das provas apresentadas na persecução penal, tanto em sua fase administrativa (inquérito penal), com as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas, como na fase judicial, que o julgador decidirá pela procedência ou não de um processo penal. Nesse sentido, aduz Paulo Rangel que:

A verdade processual que tanto se busca em um processo tem seu ponto culminante na avaliação das provas feita pelo juiz, pois é exatamente o processo intelectual realizado com o escopo de se atingir esta verdade produzida pelas provas que se assenta em um determinado sistema (RANGEL, 2008, p. 464).

Insta salientar que a doutrina apresenta três sistemas possíveis utilizados para orientar o julgador na avaliação probatória, quais sejam o sistema de livre apreciação, o sistema de prova legal e o sistema de persuasão racional.

O sistema de livre apreciação, também conhecido por sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, não fixa qualquer regra para a valoração das provas. Nele o julgador possui ampla liberdade para decidir, não precisa ligar-se aos fatos apresentados nos autos e nem fundamentar seu convencimento.

⁵ CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Inversão do ônus da prova na ação penal condenatória**. Artigo científico apresentado à Coordenação de Pós-Graduação da Universidade Católica de Goiás e Academia Estadual de Segurança Pública – Gerência de Ensino Policial Civil. Fev. de 2008.

Conforme esclarece Fernando Capez, neste sistema “sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento.” (CAPEZ, 2011, p. 383).

O juiz não está obrigado a esclarecer os motivos que o conduziram para tomar determinada decisão, podendo, inclusive utilizar-se de conhecimentos íntimos e ignorar as provas constantes nos autos (FEITOZA, 2008, p. 629).

Tal sistema é alvo de críticas, pois permite que as decisões tenham cunho exclusivamente subjetivo, além de serem imutáveis. Hodiernamente, possuem pouca aplicação nos ordenamentos jurídicos, sendo mais utilizados nos julgamentos do tribunal do júri (SOUZA; SILVA, 2010).

No sistema legal, também denominado sistema da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou sistema tarifado, a legislação impõe as regras que estabelecerão a forma de valorizar cada prova, tendo estas uma hierarquia a ser respeitada.

De acordo com as lições de Vicente Greco Filho (2010) neste sistema, cada prova possui peso e valor distinto, sujeitando-se o juiz à dosimetria das provas que lhe foram expostas, cumprindo-lhe tão somente o cômputo do que lhe foi posto às mãos.

Neste momento, era o legislador quem determinava que um fato apenas poderia ser provado por uma determinada prova, posto que as provas tinham um valor específico na lei, daí a nomenclatura de sistema de provas tarifadas, o qual surgiu em oposição ao sistema anterior (sistema da íntima convicção) (FEITOZA, 2008).

Este sistema visava conter a atuação dos juizes, de modo que estes agora tinham um papel passivo, pois a ele só se deixavam analisar as provas com base nos parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Nesse sentido:

Cada prova tem um valor certo, constante e inalterado, preestabelecido pela norma, de tal sorte que ao juiz só é permitida a apreciação dentro da eficácia que a lei lhe atribui. O juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção (ARANHA, 1982, p. 56).

Entretanto, apesar das provas possuírem um valor pré-estabelecido, no qual possibilitava maior controle sobre a atuação dos magistrados, infelizmente, não impediu que ocorressem atrocidades no campo jurídico. A confissão, vulgarmente conhecida como a “rainha das provas”, por ser a prova de maior valia, era muito utilizada, o que fez com que os métodos de tortura ganhassem destaque, pois visavam alcançá-la a todo custo. Contrariamente, da prova testemunhal, denominada de “prostituta das provas”, que por não ter valor algum era desprezada. (HADDAD, 2005)

Frise-se que apesar de ser um sistema de valoração de prova abandonado pela atividade jurisdicional, Paulo Rangel (2008) faz uma crítica ao apontar que, ainda hoje, existem no Código de Processo Penal resquícios desse sistema na ordem processual brasileira, tal como pode ser observado no artigo 158 combinado com o artigo 564, inciso III, “b”, nos quais se exige exame de corpo de

delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade.

Pelo sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, o juiz possui liberdade para formar sua convicção, estando livre para analisar as provas e apresentar o valor probatório que achar conveniente. Nesse sentido é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. [...] A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação (OLIVEIRA, 2011, p. 328).

Este sistema preza a apreciação da prova, ou seja, o juiz está adstrito à análise do conjunto probatório carreado aos autos, tanto para condenar como absolver. Embora não haja valoração da prova, verifica-se que a liberdade concedida ao magistrado para apreciar as provas não é absoluta, pois sua decisão deverá ser sempre motivada (RANGEL, 2008).

A necessidade de fundamentação da decisão por parte do magistrado possibilita conhecer o raciocínio lógico percorrido por ele o que conseqüentemente permite constatar algum erro de julgamento. Vê-se claramente que o juiz está ligado às provas dos autos, não podendo delas desvincular ao proferir suas decisões (FARIA, 2011).

Note-se, por conseguinte, que o sistema da persuasão racional é o adotado no Brasil, cujo fundamento constitucional encontra-se disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, sendo importante consignar que no processo penal brasileiro, nenhuma prova terá valor absoluto, sequer a confissão ou os exames periciais. O julgador não deve basear sua decisão apenas nesta ou naquela prova apresentada, ao contrário, deverá sopesar todo o conjunto probatório antes de decidir.

As provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro

Importante consignar que o direito de prova não é um direito irrestrito, existindo possibilidades de inadmissibilidade probatória. Conforme exposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o artigo 157 do Código de Processo Penal determina:

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

§ 1º 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.

§ 2º 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.

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

§ 4º (VETADO). (BRASIL, 2012, p. 412).

Nesse sentido, as provas que, no seu processo de colheita, desobedecerem à lei serão consideradas proibidas. Nestor Távora e Rosmar R. Alencar esclarecem que:

A prova é taxada de **proibida** ou **vedada** toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita, as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero, do qual são espécies: as provas ilícitas, ilegítimas e irregulares (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 362 e 363, grifos do autor).

Embora a doutrina classifique as provas proibidas ou inadmissíveis podem ser em ilícitas, ilegítimas e irregulares, a Constituição Federal de 1988 tomou a acepção *lato sensu* de “provas ilícitas”, ou seja, abarcam todas aquelas proibidas em nosso ordenamento jurídico (LIMA, 2003).

O preceito descrito no § 1º, art. 157, do Código de Processo Penal, destaca-se por banir as provas alcançadas por meio de uma produção ilegal e as que dela derivam, positivando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

A referida teoria originou-se na Suprema Corte norte-americana e prediz que

a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). (...) Existindo prova ilícita, as demais provas derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 365).

Em consonância com a teoria dos frutos envenenados, posicionam-se Ada Pellegrini Grinover, Antônio Fernandes e Gomes Filho (2007, p. 163) ao afirmarem que: “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo”.

Paulo Rangel que anteriormente era favorável ao aproveitamento das provas ilícitas, mudou seu entendimento, tornando-se igualmente adepto à teoria dos frutos da árvore envenenada ao asseverar que: “toda a prova está contaminada. Se o Estado lança mão de um expediente inidôneo (entenda-se ilícito) para descobrir um fato investigado, tudo o que for descoberto que tiver relação direta com a ilicitude da prova estará contaminado.” (RANGEL, 2008, p. 475).

Por fim, cabe destacar que, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal, acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada, o que implica dizer que, havendo qualquer prova ilícita no processo, todas que dela se originar, serão consideradas ilícitas, devendo, portanto, serem desentranhadas dos autos.

A admissibilidade da prova ilícita no processo penal

Em que pese a vedação constitucional supracitada, bem como, no Código de Processo Penal, a proibição expressa no que tange a não admissão de provas ilícitas no Processo Penal, verifica-se que a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, sofrendo, pois algumas limitações, tais como: limitação da fonte independente, limitação da descoberta inevitável, limitação da contaminação expurgada (TÁVORA; ALENCAR, 2011; FEITOZA, 2008).

Sobre a limitação da fonte independente, observa-se que o próprio dispositivo legal (§1º do artigo 157 do Código de Processo Penal) aceita exceções. A primeira delas ocorre quando a conexão entre a prova conseguida ilicitamente e a que dela se deriva não apresenta entre elas o nexo de causalidade, ou seja, “não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 367).

Paulo Rangel (2008) define fonte independente de prova como aquela obtida sem que haja relação, direta ou indireta, com uma prova ilícita, sendo assim, é considerada como meio de prova, a que possui vida própria, autonomia e licitude, e ainda, não é contaminada e tampouco contamina outra prova, isso por causa da sua licitude. E se não existir nexo de causalidade entre prova ilícita e outra prova, não haverá contaminação.

Saliente-se que o § 3º, do mesmo dispositivo, prediz não ser suficiente a simples retirada da prova ilícita do corpo dos autos, ela terá que ser invalidada, ou seja, totalmente destruída para que em tempo nenhum tenha serventia àquele processo ou a outro que eventualmente ocorra. Entretanto, o processo poderá seguir seu curso normal se houverem outras provas absolutamente independentes das ilícitas, capazes de comprovar a autoria e materialidade do fato delituoso, posto que a contaminação, neste caso não acontecerá (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

Entende-se por limitação da descoberta inevitável quando se sabe que as provas ilícitas por derivação poderiam ser descobertas de qualquer jeito, ou seja, quando for possível obtê-la por meio de uma fonte sem quaisquer vínculos com a prova ilícita.

Assim descrevem Nestor Távora e Rosmar R. Alencar:

Se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 368).

Outro não é o posicionamento de Denílson Feitoza (2008), o qual afirma que não há que se falar em contaminação se a prova ilícita seria inevitavelmente descoberta por outros meios. Os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2011) apontam uma diferenciação importante entre as limitações da prova independente e a descoberta inevitável. No primeiro caso, não existe ligação (nexo de causalidade) entre a prova ilícita e as outras, já no segundo caso, o nexo existe, contudo, este não é relevante, tendo em vista que a prova “ilícita” fatalmente seria produzida dentro dos ditames legais, sendo, pois, uma questão de tempo.

Quando a conexão entre a prova conseguida ilicitamente e a que dela se deriva é tênue tem-se a chamada limitação da contaminação expurgada ou conexão atenuada. Neste caso, a ausência de vínculo não é absoluta, mas sim mitigada de modo que faz com que prevaleça a licitude da prova derivada (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

Há ainda posicionamentos doutrinários no sentido de admitir a utilização de prova ilícita desde que favorável ao réu.

Conforme aduz Aury Lopes Júnior (2011), a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo* onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É cediço que a prova tem como objetivo formar o convencimento do juiz e que: “a atividade exercida pelo julgador no processo é, eminentemente, recognitiva”, uma vez que é por meio do reconhecimento destas provas que o magistrado irá dizer o direito no caso concreto. Note-se que é necessário “um conjunto de atos preordenados a um fim”, comumente denominado de instrução probatória, para que o juiz se convença e prolate a sentença (ARMBORST, 2008, p. 17).

Deste modo, todos os atos envolvidos para a colheita das provas cujo objetivo é formar o entendimento do juiz, compõe a instrução. Instruir corresponde à busca pelas provas que possibilitam uma aproximação com o fato pretérito (COUTINHO⁶ *apud* ARMBORST, 2008).

O doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho (1997) compara o juiz ao historiador, tendo em vista que ambos procuram restaurar, no presente, fatos ocorridos no pretérito, por meio das provas. Contudo, aponta uma diferença primordial entre eles, qual seja: a liberdade de agir. Sabe-se que o magistrado tem sua liberdade limitada para recompor os acontecimentos, pois está adstrito às postulações das partes, uma vez que sua atuação é marcada por lei que disciplina a obtenção, admissão, produção e avaliação das provas, de modo que ele não pode se valer de seus conhecimentos e impressões particulares, assim como o historiador pode fazê-lo.

O juiz possui uma atuação intensa na fase de instrução probatória, motivo pelo qual, torna-se importante fazer a diferenciação entre atuação instrutória e iniciativa instrutória do juiz, ou, como define Aury Lopes Júnior (2006, p. 89), “iniciativa probatória”.

A primeira está intimamente relacionada com as funções de destinatário da prova e garantidor do devido processo legal, uma vez que o órgão judicial, representado pelo magistrado, é parte indispensável para a instrução. Além disso, é o julgador, quem analisa os materiais probatórios que lhe foram apresentados para formar seu livre convencimento, bem como possui a importante obrigação de zelar pela preservação dos direitos e garantias fundamentais das partes, evitando-se possíveis violações (ARMBORST, 2008).

Lado outro, o termo iniciativa instrutória, ou probatória, implica nos poderes instrutórios do juiz, ou seja, representam a capacidade do magistrado produzir provas *ex officio* (ARMBORST, 2008).

Note-se que essa aludida faculdade concedida ao juiz pelo artigo 156 do Código de Processo Penal gera polêmica na doutrina, tendo em vista que coloca em xeque o modelo constitucional de processo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Afinal, muito se discute se os poderes instrutórios do juiz estão em consonância com a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, tal

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. **Revista da ESMAC**: Escola superior da magistratura do Acre. p. 73

como prevê o Sistema Acusatório, ou se são apenas mais um resquício do Sistema Inquisitivo em nosso Código de Processo Penal (BARROS⁷ *apud* FARIA, 2011).

A produção de provas *ex officio* e a gestão da prova

Segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003), sempre existiu permissão no Código de Processo Penal para que o juiz determinasse a produção de provas *ex officio*, em maior ou menor nível de abrangência, como exemplos podem-se citar os artigos 168, 196, 209, 234, 242, além do controverso artigo 156, todos do referido diploma legal.

A instrução probatória⁸, constitui-se de quatro fases: proposição, ocasião oportuna para as partes proporem as provas a serem produzidas na instrução processual; admissão, momento em que o juiz filtra as provas requeridas admitindo ou não sua produção; produção e valoração. Esta última é o juízo de valor realizado pelo juiz, sobre as provas produzidas, para servir ao seu livre convencimento motivado. (LOPES JÚNIOR, 2011; CAPEZ, 2012; TÁVORA; ALENCAR, 2011).

A fase “produção” consiste no “conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes”, nos dizeres de Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2011, p. 384).

Assim como enunciado por Fernando Capez:

[...] é a etapa de confecção da prova que foi requerida. Neste momento, a instrução começa a tomar concretude. Serão ouvidas as testemunhas, realizadas as acareações, perícias etc. À produção segue-se o contraditório, com as partes tomando contato e participando ativamente do que é produzido. Se a prova era pré-constituída, resta, com a admissão aos autos, a subsunção ao contraditório (CAPEZ, 2012, p.398).

Sintetizando, “produção” é a ação, a atividade, de produzir provas em juízo. Já o termo *ex officio* significa “um ato oficial que se realiza sem provocação das partes” (FERREIRA, 2009, p. 854), ou seja, um ato realizado “em razão do Ofício” (DINIZ, 2010, p. 254) Destarte tem-se que “produção de provas *ex officio*” é a faculdade que detém o juiz para produzir provas de antemão sem que acusação ou defesa as tenham propostas, ou seja, sem o devido requerimento das partes.

No Código de Processo Penal brasileiro, essa faculdade está prevista no artigo 156, o qual versa, com redação dada pela Lei 11.690/2008, que:

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. (BRASIL, 2012, p. 412, grifo nosso).

A primeira parte do caput diz respeito ao ônus da prova tema alhures examinado. A segunda parte

7 BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re) forma do processo penal: comentários críticos modificados pelas leis n.11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 (p. XVI).

8 Termo utilizado por Aury Lopes JÚNIOR (2011, p. 539). Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 383) utilizam o termo “**produção probatória**” para indicar essa fase processual. Enquanto Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 397) a denomina “**atividade probatória**”.

do dispositivo e incisos I e II remetem à iniciativa instrutória do juiz, facultando-lhe a produção de provas *ex officio*, ampliando significativamente seus poderes instrutórios, visto que, permite-se a produção de provas de ofício pelo magistrado inclusive na primeira fase da persecução penal (inquérito policial).

Encontra fundamento nos princípios da verdade real e do impulso oficial, essa “atuação de ofício” pelo magistrado, o qual não deve apreender-se em favorecer a defesa ou acusação, pois seu objetivo é unicamente alcançar a verdade, que tem primazia no processo penal. A produção de provas *ex officio* na fase pré-processual já era possível em razão do poder geral de cautela do juiz, o que fez a nova redação do artigo 156 foi tornar explícita tal possibilidade. A produção antecipada de provas, de ofício pelo juiz, por ter caráter cautelar autoriza às partes participar de forma ativa. Ressalte-se a necessidade de serem “urgentes e relevantes”, não bastando serem urgentes, há que se compor o binômio com a relevância (NUCCI, 2008). Há que se considerar também a necessidade, adequação e proporcionalidade das provas antecipadas a serem requeridas *ex officio*, conforme dispõe o inciso I do artigo em análise.

Guilherme de Souza Nucci, ao elucidar sobre mencionados critérios, anota que:

[...] pode-se afirmar que, como regra, provas urgentes e relevantes são necessárias, adequadas e proporcionais à medida tomada antecipadamente pelo magistrado em relação à sua produção. Afinal, *necessário* é algo indispensável; *adequado*, algo apropriado a certo aspecto ou estágio da investigação; *proporcional* significa situação equilibrada diante da antecipação e gravidade de produção de uma prova antes de iniciada a *ação penal*. *Porém, há exceções. Algumas provas embora possam ser consideradas urgentes e relevantes, em virtude do adiantado estado do inquérito, praticamente concluído, podem aguardar o eventual início da demanda para que sejam colhidas. Portando, elas são urgentes e relevantes, mas não adequadas ao momento da persecução penal (NUCCI, 2008, p. 347, grifos do autor).*

O magistrado não deve ordenar diligências de ofício quando a matéria for estranha ao assunto de que se trata o processo, ou de pouca ou nenhuma importância, prolongando-se a instrução (NUCCI, 2008).

A partir da premissa de que o artigo 156 do Código de Processo Penal vai de encontro com o disposto no texto constitucional, dado que aumenta os poderes instrutórios do juiz, infere-se que a produção de provas *ex officio*, em relação ao Sistema Acusatório, é o objeto controverso da gestão da prova, pois esta, nas palavras de Felipe Machado (2012, p.117) é “o caráter diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitório”.

Do mesmo modo assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Independentemente de se reconhecer a identidade entre os sistemas acusatório e *adversarial*, e inquisitório e *inquisitorial*, o fundamental é constatar que **não basta a mera separação inicial das atividades de acusar e julgar para que se configure o sistema acusatório**, porquanto, considerando-se que a principal finalidade do processo é permitir “a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória”, **efetivamente é a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, que revela**

o núcleo fundante dos sistemas processuais penais (COUTINHO⁹, 2001 *apud* ARM-BORST, 2008, p. 11, grifo nosso).

Um sistema em que o juiz possui competência para a iniciativa probatória aproxima-se de um Sistema Inquisitório, haja vista que “se a gestão da prova é conferida ao órgão julgador, ofende-se o Sistema Acusatório previsto na Constituição, fazendo ressurgir um procedimento de contornos inquisitoriais.” (FARIA, 2011, p. 95).

Visto que “a **prova** se identifica com a **atividade probatória**” (BADARÓ, 2003, p. 158, grifo nosso), pode-se falar nesse caso que gestão da prova trata-se de um “gerenciamento desta atividade” probatória, ou seja, “gestão da atividade probatória” (OLIVEIRA, 2011, p. 456).

Em mesmo sentido, Eduardo Cambi considera gestão das provas a “reconstrução dos fatos relevantes para o julgamento da causa” (CAMBI, 2009, p. 2), sendo essa descrição uma síntese dos contornos da instrução probatória.

Para Aury Lopes Júnior, gestão da prova e iniciativa probatória, ou iniciativa instrutória, são termos que se equivalem, conforme pode-se inferir de seus apontamentos:

[...] a **gestão ou iniciativa probatória** é característica essencial do principia inquisitivo, que leva, por conseqüência (*sic*), a fundar um sistema inquisitório. A **gestão/iniciativa probatória** nas mãos do juiz conduz a figura do juiz ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade - o princípio supremo do processo. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 89, grifo nosso).

A gestão da prova pelo juiz tem sido objeto de discussão, em razão de parte da doutrina a considerar como núcleo fundante do Sistema Acusatório, opondo-se à opinião de outros autores.

Decerto é que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como modelo processual penal o Sistema Acusatório. Resta saber se de fato a gestão/iniciativa probatória, isto é, a produção de provas *ex officio* facultada pelo artigo 156 do Código de Processo Penal desnatura o sistema adotado pela Constituição. Para melhor compreensão da referida celeuma, necessário se faz, neste momento, apresentar alguns posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à iniciativa instrutória/probatória do juiz.

Posicionamentos doutrinários à iniciativa instrutória do juiz

Aqueles que defendem a permanência da iniciativa instrutória do juiz entendem que esta não retira o caráter acusatório de um sistema penal, sendo compatíveis os poderes instrutórios do magistrado face ao Sistema Acusatório.

Nesse sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró assevera que:

[...] parece adequado falar em modelo ou sistema acusatório relativamente ao processo penal no qual haja nítida separação das funções de acusar, julgar e defender, que devem ser conferidas a pessoas distintas. Quanto à atividade probatória, pode se (*sic*) rotulado de acusatório um sistema no qual seja reconhecido o direito à prova da acusação e da defesa, **tendo ainda o juiz poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar**

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, Nota Dez, v.1, n.1, 2001 (p. 28).

***ex officio* a produção de provas que se mostrem necessária para o acerto do fato imputado.** (BADARÓ, 2003, p. 125, grifo nosso).

Para aludido autor a essência do Sistema Acusatório é a nítida separação de funções entre as partes (acusação e defesa) e o juiz, as demais características são secundárias, as quais irão variar conforme o contexto histórico de tempo e lugar no qual esse sistema for empregado, porquanto na maioria dos sistemas processuais da atualidade há separação de funções, cujas partes passam a partilhar com o juiz a atividade probatória (BADARÓ, 2003).

Assim, “o modelo acusatório não é incompatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas” (BADARÓ, 2003, p. 123).

Do mesmo modo que para Ada Pellegrine Grinover:

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. [...] Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. [...] A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo. (GRINOVER, 2005, p. 19 - 21).

Outro argumento que se utiliza para validar iniciativa probatória do magistrado é a busca pela verdade real, um princípio peculiar do processo penal, dado que na ceara cível o juiz há que se resignar com a verdade produzida pelas partes, a despeito das faculdades que lhe são conferidas no artigo 130 do Código de Processo Civil. “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos” (CAPEZ, 2012, p. 75).

Ada Pellegrine Grinover (2005) reconhece o fato da verdade e certeza denotarem um ideal absoluto, o qual dificilmente se alcança, quer seja dentro do processo ou fora dele. Resta, nesse caso, ao órgão julgador, empregar os meios necessários para aproximar-se o máximo possível, existindo uma relação diretamente proporcional entre a iniciativa instrutória do juiz e o grau de certeza que se obtém.

A autora assevera que:

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. (GRINOVER, 2005, p. 19).

No que se refere à imparcialidade do magistrado, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró afirma que a iniciativa instrutória do órgão julgador não macula tal princípio, uma vez que ordenada a produção de provas *ex officio*, não há como se conhecer previamente o resultado, ou seja, qual das partes (acusação – defesa) será beneficiada, visto que a imparcialidade do juiz relaciona-se à maneira como esse usa seus poderes instrutórios no caso concreto. Dado que é “a efetividade do contraditório, e não a inércia do juiz, que assegura a garantia da imparcialidade no momento do julgamento” (BADARÓ, 2003, p. 83 e 84).

Nesse sentido:

Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo (BEDAQUE, 2001, p. 113).

Noutro norte, há juristas que são contrários à iniciativa probatória do juiz.

De acordo com Nereu José Giacomolli (2008), as diligências *ex officio* não encontram sustentação num processo penal acusatório, pois na dúvida sobre ponto relevante, aplica-se o *in dubio pro reo*, com solução absolutória. O referido autor acrescenta ainda que determinar diligências de ofício, nessas hipóteses significa produzir prova acusatória em desfavor do acusado.

Conforme aduz Denis Sampaio,

[...] identificamos uma característica do sistema inquisitório puro quando se autoriza um impulso instrutório do juiz, na medida em que a função de julgar não pode se confundir, em hipótese alguma com a de acusar, e esta está estritamente vinculada à possibilidade de produção probatória [...] (SAMPAIO, 2009, p. 15).

Importante consignar que além de romper com a divisão de tarefas, característica predominante do Sistema Acusatório, ao determinar a realização de provas não requeridas pelo órgão acusador, o juiz compromete sua imparcialidade. Nesse sentido é o pensamento de Denis Sampaio, ao afirmar que:

Na realidade, a intervenção probatória do julgador, autorizada, principalmente, com a alteração do artigo 156, CPP [Código de Processo Penal], realça a fragilidade do princípio acusatório do nosso ordenamento jurídico na medida em que afasta a sua neutralidade e consequentemente sua imparcialidade, a partir de seu envolvimento psicológico – como afirmara Carnelutti na contradição entre juízo e raciocínio: *primeiro se julga e depois raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo* [...] (SAMPAIO, 2009, p. 17).

O juiz ao desconfiar da culpa do acusado, ordenando provas que sequer foram solicitadas pela acusação, compromete-se psicologicamente, afastando-se da posição de distanciamento das partes. Destarte, fatalmente o juiz fundamentará sua decisão de acordo com os elementos de prova que ele mesmo incorporou no processo, por considerá-las importantes na resolução da causa. Tem-se, portanto, conforme destacado por Joaquim Leitão Júnior (2009), que ao gerir a prova pode surgir no magistrado o interesse de fazer prevalecer sua convicção inicial probatória maculando sua imparcialidade.

Não é outro o pensamento de Aury Lopes Júnior, que sobre a gestão da prova conferida ao magistrado aponta que:

O artigo 156 do CPP [Código de Processo Penal] funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 10).

A produção de provas de ofício aguça, no juiz, o pré-julgamento, prejudicando assim a impar-

cialidade necessária para decidir. Ademais, não cabe a ele tal conduta, conforme discutido anteriormente, uma vez que a Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, determina que o réu será considerado inocente até que se prove o contrário, ou seja, até que seja decretada sentença condenatória transitada em julgado. O que implica dizer que na ausência de provas, a absolvição é medida que se impõe (CARVALHO; DEPAOLI, 2008).

Nesse sentido:

A gestão da prova pelo julgador, de ofício, conforme a nova redação do artigo 156 e incisos I e II, do CPP [Código de Processo Penal], torna ilegítimo o processo penal, fere o contraditório, a Constituição da República e consolida o risco (concreto) de opções arbitrárias, além de permitir a fusão, em um círculo concêntrico, da ação e jurisdição, elementos estanques e distintos (CARVALHO; DEPAOLI, 2008, p. 5).

Segundo Aury Lopes Júnior (2011) a iniciativa probatória do juiz interfere na imparcialidade do juiz, razão pela qual cabe às partes gerir as provas no processo.

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2011).

Ademais, sobre a imparcialidade o referido autor pontua que: “Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do Sistema Acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 182).

Com o mesmo posicionamento, Geraldo Prado (2001) afirma que permitir diligências de ofício remove do juiz o distanciamento necessário para análise probatória, o que indubitavelmente compromete sua função de julgar e, conseqüentemente, a legitimidade da decisão.

Note-se que, quando se atribui ao juiz a função de produzir provas, o Código de Processo Penal em total conflito com a Constituição Federal de 1988, confere caráter inquisitório ao sistema processual penal brasileiro, comprometendo os princípios processuais penais constitucionais da iniciativa probatória atribuída às partes e da imparcialidade do juiz.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, instituiu o Sistema Acusatório como modelo, privilegiando-se o ser humano independentemente da condição em que este se encontre, pois traz como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o reconhecimento dos direitos e garantias instaurados pela carta magna não é suficiente para sua efetivação, faz-se necessário adequar o Código de Processo Penal aos mandamentos constitucionais, o que implica dizer que o referido diploma legal, para ser efetivo, deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.

O modelo de processo como garantia, estabelecido constitucionalmente, prevê, dentre outras características, a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Tem como núcleo fundante

a gestão da prova, que incumbe às partes (acusação e defesa) e não ao juiz. Cabe ao magistrado, tão somente, julgar as provas que lhe são apresentadas nos autos pelas partes.

Logo, a produção de provas *ex officio* pelo juiz no processo penal brasileiro, com base no dispositivo legal previsto no artigo 156 do Código de Processo Penal, é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Eis que tal artigo projeta características do princípio inquisitivo, por atribuir ao Estado-Juiz a gestão da prova.

A iniciativa instrutória (probatória) pelo magistrado se aproxima de um processo penal autoritário e, conseqüentemente, distancia-se de um processo penal democrático, fere o modelo Acusatório adotado pela Carta Magna vigente. Viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que cabe à acusação provar a culpabilidade do acusado e não ao juiz. Ressalta-se que o magistrado não pode auxiliar ou substituir a acusação nesta tarefa, posto que, se assim o fizesse, se afastaria de sua posição de inércia, transpondo-se em sujeito e, conseqüentemente, causaria desequilíbrio na relação processual.

Além disso, conferir ao juiz a gestão da prova prejudica sua imparcialidade, eis que já terá formado um pré-julgamento sobre o resultado que se pretende encontrar com as provas produzidas *ex officio*. Isso certamente o tornará tendencioso ao prolatar sua decisão, impossibilitando-o de julgar de modo imparcial, tal como determina a Constituição Federal de 1988.

Os autores que pactuam com os poderes instrutórios do magistrado argumentam que a iniciativa probatória por este se justifica em razão da busca da verdade real, embora este não seja um conceito absoluto. Entendem que a produção de provas *ex officio* não ofende o Sistema Acusatório e nem mesmo compromete a imparcialidade do juiz, uma vez que este desconhece de antemão o resultado da prova assim determinada.

Contudo, a imparcialidade do juiz é primaz para que se aplique a justiça, logo é incompatível àquele que tem interesse em produzir provas, mesmo que em busca da verdade real, manter-se imparcial, posto que estará contaminado por estas. O fato é: se existem dúvidas, significa que o órgão acusador não se desincumbiu de seu ônus *probandi*, razão pela qual, deve prevalecer o princípio *in dubio pro reo*, ante o princípio constitucional da presunção de inocência.

Desta forma, conclui-se que a gestão da prova a cargo do Estado-Juiz, atribui ao nosso sistema processual características inquisitoriais, o que vai de encontro ao Sistema Acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, mesmo que implicitamente. Além disso, tal situação põe em xeque a imparcialidade do juiz que pronunciará a sentença.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. v. 75, ano 16, 2 bime. Mar/abr. 1982.

ARMBORST, Aline Frare. **A Atuação instrutória do Juiz no processo penal brasileiro à luz do Sistema Acusatório**. PUCRS - Faculdade de Direito, 11 novembro 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/ aline_frare.pdf>.

Acesso em: 25 janeiro 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 477p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 175p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 887p.

BRASIL, Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal In: ANGHIER Anne Joyce, **Vade Mecum Universitário de Direito RIDEEL**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 401-450.

CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e Neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008**. ABDPC - Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>> Acesso em 23 março 2014. [artigo publicado na Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.167, jan., 2009. p.25-51].

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Porque o Juiz Não Deve Produzir Provas: A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008)**. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Por_que_o_juiz_ao_deve_produzir_provas.pdf> Acesso em: 25 janeiro 2014. [artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM n. 190 – Setembro de 2008]

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. Aspectos gerais sobre a prova no processo penal e as orientações promovidas pela Lei 11.690/08. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24196&seo=1>>. Acesso em: 25 janeiro 2014.

CASTRO, Ana Paula Soares da Silva de. O Processo Penal é um direito constitucional aplicado? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 66, 01/07/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6382> Acesso em: 17 dezembro 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal: uma análise a partir do Modelo Constitucional de Processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus,

2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua Portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário**, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-26, janeiro / julho 2005. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf> Acesso em: 25 janeiro 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HADDAD, Carlos Henrique. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **Gestão de Prova no Processo Penal**. IFG. 18 de Agosto de 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090814150217890_gestao-de-prova-no-processo-penal-joaquim-leitao-jr.html>. Acesso em: 25 janeiro 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. rev. e. amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom Pra Quê(m)? **Boletim**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: IBCCRIM, n. 188, jul. 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Felipe. **Gestão da Prova: a pedra de toque do processo penal acusatório**. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 115-130.

MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e Pro-**

cesso: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 296p.

MARTINS, Fernanda. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2781, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18472>> Acesso em 25 janeiro 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 15. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1095p.

SAMPAIO, Denis. 2009. A gestão da prova no processo penal - Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.** Ano I – Número 1 – 2009 – 21p. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampaio%2001.pdf> Acesso em: 25 janeiro 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 773p

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008.** 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2010. 586p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.