

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MARANHÃO - UEMA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA  
CURSO DE DIREITO BACHARELADO**

**ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NOS TERMOS DO  
ARTIGO 156, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**REJANE BARBOSA DA SILVA**

São Luís  
2013

**REJANE BARBOSA DA SILVA**

**ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NOS TERMOS DO  
ARTIGO 156, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Estadual do Maranhão, como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Helano Medeiros Lima

São Luís  
2013

**REJANE BARBOSA DA SILVA**

**ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NOS TERMOS DO  
ARTIGO 156, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Estadual do Maranhão, como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Aprovada em 25/02/2013.  
Nota: 9.0 (nove)

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Especialista Helano Medeiros Lima (Orientador)  
Universidade Estadual do Maranhão

---

Prof. André Bezerra Meireles  
Universidade Estadual do Maranhão

---

Prof. Ângelo Gomes Mateus Neto  
Universidade Estadual do Maranhão

São Luís, fevereiro de 2013.

**À minha família. Aos amigos e amigas que  
conheci nesta IES.**

## **AGRADECIMENTOS**

Fica a minha gratidão às minhas tias Maria Vieira e Irene Gonçalves pela oportunidade.

Ao juiz Cristóvão Barros pela compreensão às minhas ausências justificadas na 3ª da Vara Comarca de Pedreiras nos anos de 2008/2011.

A todos os professores e professoras da graduação pelo ensino do bom Direito.

À Direção do Curso de Direito na pessoa do Prof. Francisco Pinto.

Agradeço, especialmente, ao meu orientador Prof. Helano Medeiros Lima.

## RESUMO

A presente monografia versa sobre a compatibilidade da determinação de produção de prova de ofício pelo juiz nos termos do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Para isso, fez-se um estudo histórico dos sistemas processuais, das provas na fase pré-processual e das posições doutrinárias favoráveis à compatibilidade do dispositivo com o sistema acusatório bem como as posições doutrinárias desfavoráveis a aplicação dessa regra processual por contrariar os princípios que configuram o sistema acusatório delineado pela Magna Carta.

Palavras-chave: Sistemas processuais. Constituição Federal. Fase pré-processual. Juiz. Provas.

## **ABSTRACT**

This monograph deals with the compatibility of evidence *ex officio* by the court under Article 156, paragraph I of the Code of Criminal Procedure with the system accusatory adopted by the 1988 Federal Constitution. For this, we did a historical study of procedural systems, the evidence in the pre-procedural and doctrinal positions favorable to device compatibility with the adversarial system and the doctrinal positions unfavorable applying this procedural rule by countering the principles that form the adversarial system outlined by the Constitution.

Keywords: Procedural systems. Federal Constitution. Pre-procedural. Judge. Evidence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>10</b>
1.1 Origens do sistema acusatório.....	10
1.2 Sistema inquisitorial.....	14
1.3 Sistema acusatório.....	16
1.4 Sistema misto.....	18
1.5 O sistema processual penal à luz da Constituição Federal de 1988.....	20
<b>2 A PROVA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL.....</b>	<b>23</b>
2.1 Considerações a respeito da prova.....	23
2.2 Ônus da prova na fase pré-processual.....	26
2.3 Produção antecipada de provas.....	29
<b>3 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE OFÍCIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL.....</b>	<b>30</b>
3.1 Posições doutrinárias favoráveis.....	31
3.2 Posições doutrinárias desfavoráveis.....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>37</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

O artigo 156 do Código de Processo Penal sofreu modificação em virtude da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Esta lei adicionou ao mencionado artigo dois incisos, porém somente a redação do inciso I será objeto deste estudo. A redação dada ao artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal trouxe inovações no ordenamento processual penal pertinente a iniciativa probatória do juiz na fase pré-processual.

Sabe-se que o Código de Processo Penal de 1941 ainda vigora em nosso País. Inspirado na legislação processual penal da Itália produzida em 1930 no regime fascista, desse modo o paradigma do nosso Código de Processo Penal é de índole autoritária. Então, o Poder Legislativo com o intuito de aprimorar o processo penal brasileiro edita leis que não atendem às exigências de nossa ordem jurídica democrática na qual os diferentes órgãos tem funções definidas Constituição Federal.

A Magna Carta estabelece um conjunto de princípios e regras que caracterizam o sistema acusatório. Noutro passo, a alteração do Código de Processo Penal tomou sentido diverso do contorno constitucional. Aqui reside a nossa investigação, qual seja, se a iniciativa instrutória juiz na fase pré-processual é compatível com o sistema acusatório acolhido pela Constituição Federal.

Para isso, no primeiro capítulo, tratou-se da evolução dos sistemas processuais penais a fim de se concluir qual sistema processual penal é mais adequado ao regime democrático e ao atual cenário constitucional. No segundo capítulo, são abordados alguns aspectos relacionados à prova na fase pré-processual, principalmente sobre o ônus da prova e o seu destinatário nessa fase. No terceiro capítulo, discorre-se sobre as principais posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à atuação do juiz de ofício na fase pré-processual do processo penal.

A discussão atinente a iniciativa probatória do juiz na fase pré-processual em razão da previsão trazida ao Código de Processo Penal pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, é relevante porque esse dispositivo somente será válido em nosso ordenamento jurídico se estiver em conformidade com a Constituição Federal.

Assim, a análise do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal no sentido de identificar se ele é compatível com o sistema acusatório previsto na Constituição é necessária, pois justificará ou não a aplicação do citado dispositivo na seara processual penal vez que a

atuação do juiz é constitucional e deve primar pela eficácia dos direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo penal.

## 1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Cada sistema processual tende a refletir a postura do Estado, sua relação com o indivíduo, dessa forma o sistema processual adotado é revelado a partir da forma como o Estado acusa, julga e permite ao cidadão o exercício da defesa (Faria, 2011).

Dispondo sobre os sistemas processuais penais, define Zilli:

Os sistemas processuais penais são campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e lhe conferem forma e características próprias. (ZILLI, 2003, p.34).

Tradicionalmente, os sistemas processuais são classificados em três grupos: acusatório, inquisitório e misto (Zilli, 2003). O sistema processual acusatório foi conhecido em sua origem por sistema acusatório privado, após o Estado tomar para si definitivamente o monopólio da função jurisdicional fala-se em sistema acusatório propriamente dito.

Para compreensão do sistema processual atual adotado no País é necessário o estudo dos sistemas que o antecederam, valendo-se do elemento histórico – indispensável à compreensão de qualquer ciência social -, de forma que se possa colher elementos suficientes para analisar a atuação do juiz e das partes na fase de investigação preliminar.

### 1.1 Origens do sistema acusatório

Existiam quatro jurisdições criminais em Atenas na Grécia Antiga: a Assembléia do Povo, o Areópago, os Efetas e os Heliastas. Prado diz que:

O Tribunal dos Heliastas, ou Hélion, assim conhecido porque se reunia em praça pública e sob o Sol, era composto de cidadãos, cujas decisões eram consideradas proferidas pelo povo, e sobressaiu-se entre os demais principalmente por força de sua ampla competência (a rigor, de início, não julgava os homicídios involuntários ou não premeditados, da competência dos Efetas, e todos os crimes sancionados com pena de morte e os homicídios premeditados e incêndios de competência do Areópago), pela publicidade da sua atuação e porque composto por cidadãos honrados, maiores de trinta e cinco anos, eleitos anualmente por sorteio (de quinhentos a seis mil). (PRADO, 2005, p. 73)

A legislação ateniense destacava duas classes de delitos designados por crimes públicos e privados. Em relação a estes eram “considerados de somenos importância e cujo processamento dependia de provocação do interessado (vítima ou representante), formando-se um verdadeiro *judicium privatum*” (SILVA, 2005, p. 42). Menciona-se que a desistência ou transação findavam o processo, pois este era guiado pelo interesse privado.

De outro lado, o processo destinado aos crimes mais considerados de maior gravidade era mais complexo, sendo o acusado levado a julgamento por um dos quatro tribunais da época, a depender do tipo de delito cometido, ressalta Silva (2005). Prado dispõe que:

Averbe-se, porém, que o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembléia do Povo, para, em nome do próprio povo, sustentar a acusação. Assim, o ofendido ou qualquer cidadão apresentava e sustentava a acusação perante o Arconte e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final a sentença era ditada na presença do povo. (PRADO, 2003, p. 73)

Em Roma, a participação do juiz na produção de provas oscilou conforme os sistemas de governo vigentes, que segundo Silva (2005), a doutrina separa em cinco fases históricas: “os períodos da Realeza (754 a.C a 510 a.C), da República (510 a.C a 27 a.C), do Principado ou do Alto Império (27 a.C a 284 d.C), da Monarquia Absoluta ou do Baixo Império (284 d.C a 565 d.C), e Bizantino (565 d.C a 1453 d.C)” (SILVA, 2005, p. 42).

Segundo Silva (2005), são escassos os registros históricos dos poderes instrutórios confiados ao magistrado no mais remoto desses períodos, sobreleva-se que não se conhecia qualquer limitação ao poder de julgar: “o magistrado, de conhecimento da *notitia criminis*, iniciava as investigações, ou a *inquisitio*, podendo ao cabo dessas, impor penas, independente de acusação”. (SILVA, 2005, p. 42). Dessa forma, não havia limitação dos poderes do magistrado na condução do processo e o processo penal, arbitrário, era denominado comocognição espontânea, complementa Silva (2005).

De acordo com Silva (2005), embora tenha havido a substituição de reis por cônsules no período republicano, isso não trouxe limites à atuação dos magistrados, havendo espaço para o cometimento de arbitrariedades e injustiças. Destarte, somente com a edição da Lei das XII Tábuas, nos idos de 450 a.C, tentou-se limitar esse poder totalitário e para isso editou-se a *Lex Valeria*, consagrando-se a *provocatio ad populum*, por meio deste o acusado tinha a faculdade de apelação, com efeito suspensivo, ao povo contra a sentença proferida pelo magistrado. O ulterior procedimento, já desenvolvido em segundo grau, era denominado *anquisitio*.

Na *anquisitio*, o magistrado era forçado a prestar contas de seus atos ao povo romano, que se reunia em assembléia (Assembléia do Povo), apresentava provas que havia reunido durante a *inquisitio*, tendo em vista a prolação de novo julgamento para o caso. Com palavras

de Silva “o juiz transformara-se em defensor da sentença que proferira, apresentador das provas da acusação. O problema do sistema era ser escasso em garantias, mormente para os excluídos da *provocatio*– mulheres e não cidadãos” (SILVA, 2005, p. 43).

No final do período republicano, considerado o mais democrático da história romana, o procedimento adquiria feições acusatórias, através da fórmula da *accusatio*, assevera Silva (2005). Para Prado, ao citar Manzini, a *accusatio* consistia em “prerrogativa concedida a qualquer cidadão e, especialmente ao ofendido, de, munido de provas, deduzir, perante o povo, a imputação, à margem, ou não, da *inquisitio*, e assim, mover a ação penal” (PRADO, 2005, p.75).

Eleva-se o pressuposto de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação e esta seria levada pelo cidadão romano, não mais pelo magistrado, este se portava com neutralidade na instrução.

Nesta forma acusatória adotada na época não havia uma investigação anterior, e era amplamente aceito o contraditório e às partes competia pesquisar e produzir provas de suas alegações. Representava o modelo de um processo público e oral, com os debates que formavam o eixo central, resultando deste o fundamento da decisão.

Prado, ao citar Maier, sobreleva que esse sistema teve o mérito de substituir “o sentido subjetivo, mítico da prova, pelo conhecimento objetivo, histórico, encarando-se a prova como forma de reconstrução histórica de um acontecimento pelos vestígios que havia deixado no mundo” (PRADO, 2005, p. 76).

Mais à frente, na época do Alto Império, discorre Silva que:

[...] o poder absoluto volta a centralizar-se nas mãos do príncipe, ou imperador, surgindo o processo penal extraordinário (*cognitio extra ordinem*), um procedimento inquisitorial, mais útil aos interesses totalitários do período. Os magistrados imperiais, delegados dos príncipes, poderiam investir-se de tarefas próprias do acusador particular, iniciando o mesmo procedimento de ofício, o que servia para consumir perseguições políticas. (SILVA, 2005, p. 44)

Assim, o modelo processual, que se baseava na iniciativa de qualquer cidadão, “conviveu com o procedimento penal de ofício, reinstituído, alicerçado na denominada *cognitio extra ordinem*, até que, ao tempo de Diocleciano, a última estrutura passou a prevalecer de jure, alastrando-se das províncias em direção a Roma” (PRADO, 2005, pg. 77, grifos do autor).

Discorrendo sobre o sistema romano da *cognitio extra ordinem*, Faria, ao citar Cintra, Grinover e Dinamarco, ensina que:

[...] com ela completou-se o chamado ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. (FARIA, 2011, p. 10)

A fase do Baixo Império foi marcada também pelo processo da *cognitio extra ordinem*, com largo uso da tortura, expediente já conhecido dos povos mais antigos, para obter a confissão dos réus e a verdade das testemunhas que se negavam a falar (Silva, 2005). O processo inquisitório reaparece como subsidiário do acusatório e coexistem por séculos. Com a derrocada do Império romano e a invasão germânica, “o processo penal passa a seguir as regras do Código Visigótico (652 d.C)” (SILVA, 2005, p. 44).

Sobreleva Faria (2011), citando Prado, que devido à intensificação das invasões, o Direito Romano passa a ser influenciado cada vez mais pelo Direito Germânico e vice-versa, resultando daí uma série de conflitos e interferências entre eles, ora preponderando um, ora preponderando outro. Assim, quando o Império Romano apresentava-se mais organizado, o direito romano de revitaliza. Todavia, quando se dissolviam os contornos de um Estado, o direito germânico sobressaia (Faria, 2011).

Dessa forma, em face da descentralização, característica do feudalismo, pode-se afirmar que o direito feudal foi essencialmente germânico, desconhecendo as formas de estabelecimento da verdade do Império Romano, valendo-se de regras antigas, como os duelos judiciários, no qual acreditavam que Deus faria vencedor o acusado inocente, e a presença dos ordálios.

Os odálios eram “os juízos divinos em que a atividade probatória não encontrava respaldo em qualquer fonte normativa e a verdade era buscada com base em critérios não científicos, tais como a sorte, a virtuosidade, o acaso, o mítico e o sobrenatural” (FARIA, 2011, p. 11-12). Exemplo dos ordálios era a “prova de fogo” em que o acusado deveria caminhar com os pés nus sobre várias barras de ferro incandescentes, sem se queimar, sob pena de ser considerado culpado.

Nesse diapasão, ressalta Silva que a eliminação desses métodos cruéis de investigação criminal foi lenta e iniciada, principalmente, pelo Cristianismo, com a proibição, pela Igreja,

dos chamados juízos de Deus e a limitação dos monarcas pelo respeito à fé e a moral cristã. Destarte, “a falta de cientificidade na atividade probatória, a fragmentação do direito, a desproporção das penas, as acusações infundadas e a ausência de acusadores privados (fato que gerava a impunidade) determinaram a derrocada do modelo acusatório” (FARIA, 2011, p. 12).

Face à insuficiência da atribuição da persecução penal aos particulares, a Igreja Católica e o Estado passaram a pleitear a iniciativa da investigação. Inicialmente, a atuação da Igreja foi tímida, limitando-se a punição de determinados crimes: as heresias. Porém, o universo de incidência da Igreja foi alargando-se, ocasionando a sua ingerência em quase todos os delitos. O crescimento da justiça eclesiástica foi possível também graças à ruína do feudalismo, o fortalecimento das monarquias e a centralização do poder (Faria, 2011).

Consigna-se que, embora não se possa precisar em data histórica, nem se afirmar com exatidão quando se inicia um sistema e começa o outro, o modelo acusatório privado dominou durante toda a Antiguidade e estabeleceu-se em Roma, no período Republicano, e na Idade Média até o século XIII, quando foi suplantado pelo modelo inquisitorial, que se difundiu largamente na Roma Imperial (Pacheco, 2008).

## **1.2 Sistema inquisitorial**

De acordo com Faria (2011), Após a implementação do sistema inquisitorial, o Estado e a Igreja tomaram para si o encargo de promover a atividade persecutória, tarefa que anteriormente era destinada aos particulares. Embora, “qualquer pessoa do povo pudesse provocar a atuação da autoridade, esta agia, na maioria das vezes, independentemente de provocação” (FARIA, 2011, p. 17-18).

Dessa forma, um órgão oficial passou a exercer a acusação, dispensando-se o impulso inicial do acusador, de modo que o juiz agia independente de provocação, propondo a acusação e também proferindo sentença, assevera Faria (2011) ao citar Borges.

A respeito do sistema inquisitorial, pontua Zilli que:

Caracteriza-se pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma pessoa que normalmente é referida por inquisidor. Justamente pela centralização de poderes que é o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas, igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas. (ZILLI, 2011, p. 39)

O processo inquisitório tem como características a persecução penal, em regra, escrita, secreta, sem contraditório, o encarceramento cautelar do acusado - este é tratado como objeto e não como sujeito de direitos - e a sua incomunicabilidade, discorre Silva (2005). Para a autora, o processo penal calcado no sistema inquisitório, este visto em sua forma pura, “é marcado pela concentração de funções de acusação, defesa e julgamento num só sujeito, o juiz-acusador, uma espécie de inquisidor, que inicia, de ofício, o procedimento e colhe as provas ao seu alvedrio, independente de proposta da acusação ou da defesa” (SILVA, 2005, p. 46).

Destaca-se que, embora o método inquisitivo não consistisse em novidade, o mesmo aperfeiçoou-se no seio do direito eclesiástico, a propósito de evitar escândalos em torno dos fatos que se almejava punir, impedir a difusão de condutas consideradas heréticas ou contestadoras do poder real e também com a justificativa de desestimular a vingança privada, alinha Silva (2005).

Prado ressalta que “a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado, mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas” (PRADO, 2005, p. 82). Silva pontua que:

“O direito canônico, conjunto de leis estabelecidas pela Igreja Católica para regular matérias de sua competência, de feição nitidamente inquisitiva, não aceita mais a verdade formal, o duelo judiciário e as ordálias. Persegue a verdade material, em nome do qual por vezes era o acusado torturado a fim de ofertar a confissão”. (SILVA, 2005, p. 46)

A partir do século XIII, inicia-se o predomínio do sistema canônico, com o Papa Inocêncio III, para quem o processo criminal poderia ser inicializado de três formas: acusação, denúncia ou inquisição, menciona Silva (2005). Nesse sentido, como a acusação caiu em desuso e a denúncia anônima era bastante utilizada como vingança contra pessoas inocentes, “determinou o Pontífice que todo o processo de competência do clero fosse precedido da *inquisitio*, segundo regras ditadas no IV Concílio de Latrão, em 1216” (SILVA, 2005, p. 47).

Segundo Faria (2011), ao citar Cappelletti, o inquérito, palavra originada do latim *inquire*, cujo sentido é buscar, procurar, representava um modo de saber, que surgiu na Grécia e ficou relegado por muito tempo, após a queda do Império Romano. Na inquisição, exprimiu a busca incansável por uma verdade plena e, para tanto, era conduzido por uma autoridade que, com base na escrituração, mantinha o sigilo necessário.

Traços do sistema acusatório precedente como a publicidade e os debates foram abolidos no modelo inquisitorial, salienta Faria (2011). Complementa Faria, ao citar Almeida

Junior, que “a inércia fora substituída pela atuação *ex officio*, na qual bastava ao juiz eclesiástico ter notícia da prática de um delito que estivesse em sua competência para que pudesse, secretamente, iniciar a investigação” (FARIA, 2011, p. 21).

O sistema inquisitorial teve como característica também a existência do sistema de provas tarifadas ou legais, conhecido também como de certeza moral do legislador. Nesse sistema as provas eram valoradas conforme rigorosos critérios previamente estabelecidos que poderiam “afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para a formação da convicção” (ZILLI, 2003, p. 40). Faria, ao citar Dias, estabelece que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer de suas fases. (FARIA, 2011, p. 22)

Prado (2005), ao citar Foucault, diz que a busca da verdade real é o componente marcante que está na essência dos procedimentos inquisitoriais. Faria (2011) sobreleva que a verdade real deveria ser alcançada a qualquer preço. A confissão era tida como prova privilegiada e considerada a prova de maior valor e através desta era possível alcançar a verdade dos fatos, afirma Faria (2011).

Destarte, conclui Faria (2011), o modelo inquisitorial foi e ainda persiste de forma eficiente no sentido de manter ideais não democráticos, sendo utilizado no século XXI com esses fins. Nessa esteira, “o Código de Processo Penal Brasileiro, de inspiração fascista, possui vários dispositivos de cunho inquisitorial, dentre eles o artigo 156, cuja recente alteração concedeu ainda mais poderes investigatórios ao juiz” (FARIA, 2011, p. 24).

### **1.3 Sistema acusatório**

Segundo Faria (2011) é um equívoco indicar que o sistema acusatório foi concebido a partir das ideias Iluministas e da Revolução Francesa. Cumpre ressaltar que “teve suas origens na Grécia e Roma Republicana, quando se apresentava como forma de acusação privada: ao particular competia a função acusatória; vigorava a fase denominada de vingança privada”. (FARIA, 2011, p. 24).

O sistema inquisitorial suplantou o sistema acusatório privado e a função acusatória, que antes cabia à esfera privada, foi transferida para o Estado, tendo perdurado por pelo menos cinco séculos. Dessa forma, foi abrindo espaço para que um novo modelo acusatorial

fosse introduzido, calcado em ideias iluministas e critérios dotados de maior cientificidade (Faria, 2011).

Contribuiu para isso “o triunfo das ideias humanistas de Beccaria, Montesquieu, Bentham, Pufendorf, além de Rousseau, [...] ousando separar o Direito da Religião, quer quanto aos fins da pena, quer ainda, pela sistematização da ideia de separação dos poderes” (PRADO, 2005, p. 90). O Iluminismo pautou-se na razão para explicação dos fenômenos, afastando, assim, a compreensão teológica do Direito.

Faria, ao citar Ferrajoli, assim descreve a passagem do modelo inquisitório para o acusatório:

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangiere e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. Foi, portanto, natural que a Revolução Francesa adotasse – na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e no livre convencimento. (FARIA, 2011, p. 25)

A liberdade individual foi difundida no Iluminismo, dessa forma, restringiu-se ao máximo a interferência do Estado e o Juiz na esfera individual, configura-se a noção Liberal de Estado (Faria, 2011). Faria, ao citar Gomes, sobreleva que “a acusação não poderia ser mais realizada de ofício, sendo retirada do juiz a função investigativa, já que os iluministas atacaram, de forma veemente, o juiz inquisidor” (FARIA, 2011, p. 26).

O sistema acusatório deve ser percebido a partir de normas e princípios fundamentais, “devidamente organizados em torno do princípio acusatório, do qual se origina em seu nome e que, por sua vez, encontra-se calcado na divisão de tarefas entre defesa, acusação e julgador, o que identifica um processo de partes” (FARIA, 2011, p. 26). A distribuição de tarefas entre pessoas e órgãos diferentes garante que o juiz, antes conhecido por investigador, transforme-se em garantidor da legalidade e das medidas investigatórias (Faria, 2011).

Tasse, Miléo e Piasecki discorrem que caracterizar o sistema acusatório como um sistema de partes implica em dizer que:

[...] as provas devem ser produzidas por quem acusa, quanto às razões para a condenação, e por quem defende, quanto aos fundamentos impeditivos da condenação, cabendo a quem julga receber a prova e não produzi-la e aceitar somente aquelas que foram submetidas ao crivo do contraditório e, então, proceder a um julgamento racional com base nas provas do processo, ofertando a solução mais razoável para o conflito existente. (TASSE; MLÉO; PIASECKI, 2009, p. 23).

Zilli (2003) destaca que em decorrência do equilíbrio entre as partes e da separação de funções, no sistema acusatório não deve haver coincidência entre o órgão acusador e julgador, dessa forma, a gestão da prova deve estar longe deste. Enfatiza-se que se considera acusatório o modelo que “respeita proibição do *ne procedat iudex ex officio*, isto é, não cabe nunca ao juiz ideal imiscuir-se, *sponte sua*, na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou acusar” (FARIA, 2011, p. 29).

O sistema acusatório é qualificado como um processo de partes. Silva justifica essa característica “pela atuação das partes contrapostas – acusador e acusado -, que duelam em igualdade de posições e de direitos, apresentando-se um juiz sobreposto a ambas” (SILVA, 2005, p.41). Adiante a mesma autora ressalta:

Cabe ao magistrado tão-somente a função julgadora, não lhe sendo reconhecido nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, estando, ao contrário a depender, na instrução da causa, de uma atitude das partes quanto às provas e alegações que basearão sua decisão. Essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um sujeito distinto do juiz, faz com que o processo se traduza em um verdadeiro *actum trium personarum*. (SILVA, 2005, p. 41)

Segundo Silva (2005), acompanham o sistema acusatório historicamente os princípios da oralidade, publicidade, presunção de inocência e contraditório, importando no realce da imparcialidade do julgador, que é uma como garantia constitucional implícita decorrente do devido processo legal previsto na Carta Republicana de 1988 no seu artigo 5º, inciso LIV.

#### **1.4 Sistema misto**

Indica-se o Código de Instrução Criminal Francês de 1808 como o marco do sistema processual penal adotado após o triunfo das ideias revolucionárias difundidas por toda Europa Continental (Faria, 2011). Tasse, Miléo e Piasecki asseveram que:

Os revolucionários franceses observaram que o constitucionalismo inglês conseguira desenvolver métodos relativamente eficazes de contenção do poder estatal com a estruturação de um modelo fortemente calcado não na busca de verdades plenas, mas, sim, em soluções razoáveis para os conflitos sociais, em que a prova passa a interessar às partes do processo e não ao próprio Estado, em que a vítima participa ativamente da discussão e o acusado é sujeito, ou seja, defende-se livremente e não atua como um objeto em busca da reafirmação do poder exercente do controle estatal. (TASSE; MILÉO; PIASECKI, 2009, p. 20)

As ideias iluministas não se concretizaram integralmente uma vez que o Império Napoleônico rompeu o processo que se desenvolvia na França, que “representava um espelho para o mundo e reestruturava a legislação francesa e de suas colônias no conhecido trabalho codificador de Napoleão, que foi inspirado, novamente, na legislação do Império Romano” (TASSE; MILÉO; PIASECKI, 2011, p. 20).

Para Zilli “a composição entre os ideais do direito romano (imperial)-canônico e o direito inglês levou os estudiosos a denominar este novo sistema de ‘inquisitório reformado’ ou ‘sistema misto’” (ZILLI, 2003, p. 94).

A ação penal, no modelo misto, era indisponível e poderia ser exercida pelo Ministério público, pela vítima ou por qualquer pessoa do povo, classificada, assim, de acordo com o ordenamento jurídico específico, em ação de iniciativa pública, privada ou popular. Tal fase era precedida de uma fase investigatória e somente após a apresentação, pelo juiz-instrutor, dos dados colhidos em suas investigações (Faria, 2011).

De acordo com Pacheco (2008), o sistema misto dividia-se em três fases: a) existia uma fase preliminar, de caráter investigativo, presidida pelo Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução e que tinha como finalidade reunir elementos suficientes para a instauração do procedimento principal; b) uma fase intermediária que basicamente destinava-se a controlar a propositura da ação penal; c) o procedimento principal, ou seja, a fase processual propriamente dita, que culmina como uma decisão judicial que somente pode ser tomada com a observância de direitos e garantias.

Zilli aponta como características essenciais do referido sistema: “a persecução penal pública; afirmação da averiguação objetiva da verdade histórica; afirmação de direitos individuais referentes à dignidade do homem; equilíbrio entre a necessidade de perseguir os autores de delitos e os direitos inalienáveis do homem” (ZILLI, 2003, p. 93).

Pacheco acrescenta ainda como características “as provas são valoradas de acordo com o sistema do livre convencimento motivado, embora havendo adoção da íntima convicção em alguns casos; as funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas ou órgãos distintos” (PACHECO, 2008, p. 56).

Porém, embora o sistema misto tivesse incorporado elementos dos dois sistemas anteriores, “na realidade o sistema misto manteve núcleo inquisitorial, ou seja, a atribuição da gestão da prova ao órgão julgador e, portanto, trata-se de um modelo inquisitorial disfarçado sob a roupagem acusatorial” (FARIA, 2011, p. 31). Este autor, ao citar Coutinho, argumenta que:

O modelo de sistema misto, do Code Napoléon, com a primeira fase inquisitória e a segunda fase processual, amplamente contraditória (mas valendo nela a prova produzida naquela: eis o nó górdio da patifaria manipuladora!), foi a estrutura dual: investigação preliminar e processo, sendo adotada no Brasil na recente história de

sua legislação penal, ainda piorada com a adoção do Inquérito Policial em 1870. (FARIA, 2011, p. 31).

Faria (2011) conclui que não existe um terceiro sistema resultante da fusão do modelo inquisitório com o acusatório. Embora os sistemas processuais modernos possuam características dos dois modelos citados, na essência, serão de feição acusatória ou inquisitória.

Como visto no sistema misto a fase preliminar de investigação é presidida por um magistrado e não pela autoridade policial. O juiz colhe provas para que a acusação tenha elementos para formar sua convicção e promova a ação penal em desfavor do indivíduo. Desse modo, no Brasil não vigora o sistema misto, pois a atribuição de acusar e, por consectário lógico, a de perquirir provas foi entregue pela Constituição da República ao Ministério Público e, em casos excepcionais, ao particular.

### **1.5 O sistema processual penal à luz da Constituição Federal de 1988**

O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, instituiu o vigente Código de Processo Penal e que, segundo Zilli (2003), surge em meio a um contexto marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários. Sobreleva ainda o autor:

Como produto jurídico do Estado Novo, objetivou conferir “maior eficiência e energia [à] ação repressiva do Estado contra os que delinquem”, justamente porque as leis até então vigentes asseguravam “aos réus, ainda colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna[va], necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um estímulo à expansão da criminalidade. E é nesse quando que a opção inclinou-se para a abolição do que se denominou de “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. (ZILLI, 2003, p. 173)

Se a supremacia e o fortalecimento da figura do Estado como único responsável pela condução ao bem estar-social foi a intenção traduzida no plano processual, de modo expresso o legislador processual penal fez aceno à adoção de um sistema acusatório com ênfase no desejo de plena separação entre o juiz e o órgão acusador, assevera Zilli (2003).

Silva pontua que o ramo do direito processual, como um dos ramos do direito público, “tem suas linhas fundamentais ditadas pelo direito constitucional, principalmente pelo estabelecimento dos princípios constitucionais e de muitos de seus institutos” (SILVA, 2005, p. 67).

De acordo com Greco os “princípios são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo”. (GRECO, 2010, p. 48).

Segundo Novelino, ao citar Bonavides, os princípios tem importância vital e são considerados “como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos de ordem constitucional” (NOVELINO, 2011, p. 217). Além disso, observa Oliveira (2011), que os princípios assim como as regras estão positivados nos textos constitucionais e legais, embora em alguns casos de modo implícito.

A Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, “fixou os parâmetros do processo (modelo) acusatório no Brasil ao atribuir privativamente ao Ministério Público, em sede de crimes de iniciativa pública, a titularidade da ação penal” (FARIA, 2011, p. 32). O autor destaca que em nenhum momento o texto constitucional atribuiu ao juiz à função investigativa ou acusatória, o que enfatiza a ideia da opção pelo sistema acusatório discorrendo que:

Quando da análise do atual estágio do pensamento instrumental penal, verificou-se a clara tendência da adoção pelo sistema acusatório, onde o juiz instrutor cede espaço para o juiz garantidor e o Ministério Público o papel de propulsor da ação penal, tendo a seu lado, para a coleta de informações necessárias a Polícia Judiciária. (FARIA, 2011, p. 32).

A Constituição Federal de 1988 buscou a separação de poderes na seara criminal ao prescrever uma série de princípios e garantias, alterando a estrutura de instituições relacionadas à questão da segurança pública e assume postura acusatória pontua Faria (2011) ao citar Choukr. Porém, a dificuldade consiste em harmonizar a Magna Carta com o Código de Processo Penal, regido pelo sistema inquisitório nas duas fases da persecução penal, exprime Faria (2011), citando Coutinho.

Conforme Silva (2005), a imparcialidade do julgador, asseguradas pelas garantias constitucionais da magistratura, e da separação de funções demonstram a adoção do sistema acusatório. Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover, a imparcialidade do juiz é condição para que a relação processual se instaure de forma válida, nesse sentido, “o juiz deve ser subjetivamente capaz” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 58). Assim, para garantir a imparcialidade do juiz a Constituição Federal estipulou garantias bem como prescreveu vedações a fim de evitar que se afete a relação processual.

Para Silva (2005) merecem atenção também as funções reservadas ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. “O artigo 129, inciso I, da Constituição Federal instituiu o princípio da titularidade ministerial exclusiva da ação penal pública [...] definitivamente afastando as funções de acusação e jurisdição” (SILVA, 2005, p. 83).

Na fase de investigação preliminar, o Ministério Público é o titular do direito de agir, munido por lei de poder requisitório. A Constituição Federal reservou ainda ao órgão ministerial o controle externo da atividade policial, sobre importante função, comenta Silva:

A norma, com equivalência a muitas outras encontradas na mesma matriz, é decorrência lógica do figurino acusatório, em que o Ministério Público, titular da ação penal pública, exerce o juízo de oportunidade e conveniência da produção indiciária, tendo na Polícia investigativa sua *longa manus*. (SILVA, 2005, 86-87).

Nesse sentido, para que o sujeito ativo da ação penal, o Ministério Público, possa instaurar o processo, é necessário “ter em mãos elementos que configuram justa causa à sua pretensão e, assim sendo, criou o Estado órgão incumbido primordialmente de tal missão: a chamada Polícia Judiciária” (SILVA, 2005, p. 55). A polícia judiciária<sup>1</sup> (policias civil e federal) tem por finalidade a de investigar o fato transgressor da norma e quem tenha sido seu autor, colhendo os elementos que servirão de prova.

Os elementos de prova integram o inquérito policial, procedido na fase preliminar e caracterizado como procedimento administrativo que servirá de base ao oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial ou ao pedido de seu arquivamento (Silva, 2005). Já em relação à atuação do juiz na fase do inquérito policial, destaca Silva:

[...] a imersão do julgador nos autos das investigações penais contraria frontalmente o princípio acusatório e não encontra justificção, seja porque lhe tira a característica da imparcialidade, seja porque vai de encontro a uma realidade facilmente constatável: o juiz não tem vocação para investigar. A atuação do juiz em favor de uma das partes não pode ser acolhida dentro dos lindes do processo penal acusatório. (SILVA, 2005, p. 104)

Faria (2005) ressalva que a reforma processual ocorrida em 2008, por intermédio da Lei nº 11.690/2008 em especial no artigo 156 do Código de Processo Penal, ao invés de retirar do sistema processual pátrio os seus contornos inquisitoriais, identificados em função do inquérito ou da gestão da prova, ampliou os poderes investigatórios do magistrado,

---

<sup>1</sup> A expressão “Polícia Judiciária”, para Silva, é eivada de imprecisão técnica. Para a autora a expressão denota as raízes inquisitoriais ainda presentes em nosso sistema, na qual a polícia ainda é adjetivada pelo Poder Judiciário, e não pelo Ministério Público, instituição do Estado a quem mais diretamente está a serviço, no exercício de sua primordial função que é a preparação da ação penal, por fim, aponta como “Polícia de Investigação” a expressão mais adequada.

afastando mais o nosso sistema processual dos ditames constitucionais que preconizam um sistema de índole acusatória.

A Constituição Federal de 1988 orienta todo o ordenamento jurídico e as suas normas, estas compreendidas como princípios e regras na concepção mais contemporânea, deve prevalecer se houver incompatibilidade do ponto de vista formal ou material da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal. O exame da compatibilidade da lei com a Constituição se dá através do controle de constitucionalidade, que tem íntima relação com a concepção rígida da Constituição e surge da necessidade de preservar a supremacia da Magna Carta.

## **2 A PROVA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

Para melhor compreensão do ônus da prova na fase pré-processual, em conformidade com o sistema acusatório, é necessário consignar algumas considerações sobre a prova, no que toca a seu conceito, objetivos, finalidade e destinatário na fase pré-processual. Esta é entendida como a fase que ocorre antes do início do processo, ou seja, anteriormente ao recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo magistrado, em regra, materializada no inquérito policial presidido pela autoridade policial.

O inquérito policial, segundo as regras atuais, é sigiloso, escrito e não-contraditório, pode ser iniciado, no caso de ação penal pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial, ou em decorrência de *notitia criminis* apresentada por qualquer pessoa, ou ainda, por requisição do juiz ou membro do Ministério Público (SILVA, 2011).

### **2.1 Considerações a respeito da prova**

De acordo com Avolio, originariamente a prova era banhada em superstição, assim “o homem possuía uma visão muito limitada da vida social, e lidava com um conceito de delito ligado a ideia de ofensa da divindade” (AVOLIO, 2012, p. 27). Para este autor, somente com a consolidação do Estado é que a lei estabelece a prova.

Segundo Greco Filho (2010), a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. “A palavra ‘prova’ é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar” (GRECO FILHO, 2010, p. 186).

A prova tem vinculação com a verdade e a certeza, que são ligadas a realidade e voltadas à convicção de seres humanos (Nucci, 2011). Segundo Nucci (2011), a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade; certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva.

De outro lado ressalta Oliveira, discorrendo sobre a prova, que esta tem um objetivo definido “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a melhor coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (OLIVEIRA, 2011, p. 317). O autor sobreleva que a reconstrução da verdade é uma das tarefas mais difíceis, quando não impossível.

Nucci (2011) aponta como finalidade da prova o convencimento do juiz no tocante a verdade processual, ou seja, a verdade obtida no processo seja conforme a realidade ou não. Oliveira (2011) refere-se a uma certeza do tipo jurídica produzida pelo processo que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica, mas tem sua pretensão atingida qual seja a estabilização das situações eventualmente conflituosas que vem a ser o objeto da jurisdição penal.

Destaca-se no direito processual penal, no tema relativo a provas, o princípio da verdade real. De acordo com Oliveira (2011), muitos aplicadores do Código de Processo Penal tem veneração ao citado princípio com fundamento na relevância dos interesses tratados no processo penal. Além disso, a gravidade das questões penais justifica uma busca mais ampla e intensa pela verdade, se comparado ao que ocorre, por exemplo, com o processo civil. Contudo, o autor ressalva que:

Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal (OLIVEIRA, 2011, p. 322).

Cumprе ressaltar que, de acordo com Faria (2011), é disseminada uma equivocada distinção entre verdade formal e verdade real (material), entende o autor que tal classificação deve ser rechaçada e, ao citar Thums, assevera que:

É clássica a distinção na doutrina processual sobre a verdade formal e material, aplicada no direito processual civil e penal, respectivamente, como se a verdade de um sistema fosse diferente da do outro, ou seja, a dogmática convencionou atribuir

conceitos distintos à verdade processual, conforme o objeto do julgamento. (FARIA, 2011, p. 56-57)

Pautado nessa classificação a verdade material é aquela que mostra os fatos como ocorreram historicamente e a verdade formal é no sentido técnico-jurídico, ou seja, aquela que obedece as regras previamente estabelecidas, geralmente decorrentes de presunções legais.

Nesse sentido, esclarece Oliveira “que toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza exclusivamente jurídica” (OLIVEIRA, 2011, p. 322). Assim, a verdade revelada na via judicial sempre será reconstruída, dependendo da maior ou menor contribuição das partes e, por vezes do juiz, pertinente à determinação de sua certeza.

O autor Lopes Júnior assevera que:

“A dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias. Por isso, não cabe ao juiz ter iniciativa probatória: se está em dúvida, não deve atuar como inquisidor, mas sim absolver. O princípio *in dubio pro reo* e a manutenção da presunção de inocência são critérios pragmáticos para solução da incerteza judicial”. (LOPES JÚNIOR, 2008)

No processo civil, em certos casos, é aceitável uma certeza alcançada pela ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial. Porém, no processo penal, é inadmissível essa modalidade de certeza, requerendo materialização da prova.

Ressalta-se que as provas colhidas no inquérito policial não podem servir como motivo suficiente para a condenação, pois os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não são aplicáveis ao procedimento administrativo preliminar conhecido por inquérito.

Lopes Júnior (2008) pontua que os atos realizados perante a autoridade policial são meros atos de investigação e não atos de prova, estes são produzidos perante o juiz na fase processual. Seguindo essa linha de raciocínio, tecendo considerações sobre as modificações implementadas pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, pontua Carvalho que:

O que se desenhou, a partir da Lei nº 11.690/08, foi uma primazia para a prova arrecada a luz do contraditório e da amplitude da defesa, restando aos informes conseguidos no inquérito o status de ‘elementos informativos’, que podem se ajuntar à prova na missão de convencer o julgador a decidir de forma mais acertada possível. (CARVALHO, 2009)

## 2.2 Ônus da prova na fase pré-processual

Em teoria geral do processo, o ônus é conceituado como “uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse” (CINTRA; DINAMRICO; GRINOVER, 2009, p. 303). Já faculdade é entendida como posição jurídica ativa, correspondente à permissão pelo ordenamento de certas atividades e exaure-se na esfera jurídica do próprio agente. Assim, o ônus é o encargo que as partes tem de praticar atos determinados a depender do próprio interesse delas de modo a evitar uma sentença desfavorável.

Avena menciona que “a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade, então, que somente o autor da ação tenha essa incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação” (AVENA, 2008, p. 155).

O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal determina que “ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, nesse sentido, o ônus probatório relativo à existência do fato e autoria deve recair exclusivamente sobre a acusação.

À defesa restaria demonstrar a eventual incidência de alguma excludente de ilicitude e culpabilidade cuja presença fosse por ela alegada (Oliveira, 2011). Oliveira (2011) sobreleva que o artigo 5º, inciso LVII da Magna Carta implica em transferir todo o ônus probatório ao órgão da acusação.

No Código de Processo Penal, adverte Greco Filho (2010), há apenas uma regra sobre o ônus da prova, conforme dispõe o artigo 156, a de que incumbem as partes o ônus de suas alegações. Porém, ressalta o autor que:

O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. (GRECO FILHO, 2010, p. 195)

Há solução para o conflito aparente entre o ônus da prova e a presunção de inocência do réu. Em razão de determinação constitucional, o réu é considerado inocente até prova em contrário, estabelecida em sentença penal condenatória como mencionado anteriormente. Desta feita, pontua Nucci (2011), cabe à acusação, ao promover a ação penal, o ônus da prova, buscando demonstrar ser o acusado culpado do crime a si imputado. Se o réu apenas

intencionar negar a imputação, resta-lhe permanecer inerte, pois ônus algum lhe cabe, prevalecendo seu estado de inocência.

A incumbência da produção de provas na fase pré-processual é atribuída ao delegado de polícia, ao Ministério Público e, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, ao juiz. A polícia judiciária (investigativa) tem por finalidade apuração das infrações penais e de sua autoria, sendo que a polícia judiciária é formada pela Polícia Civil, no âmbito Estadual, e pela Polícia Federal, no âmbito federal, conforme disposição da lei e da Constituição da República.

À autoridade policial compete determinar as providências no sentido de investigar a autoria e materialidade do evento criminoso, para isso, produz as provas que serão encaminhadas ao titular da ação penal pública ou ação penal privada. Ao Ministério Público, como ressaltado, com base nos elementos investigativos materializados no inquérito policial, ou até mesmo com peças de informação uma vez que o inquérito policial é dispensável, poderá oferecer a denúncia em se tratando de ação pública incondicionada. Pois, a instauração do inquérito policial depende do tipo de ação penal prevista para cada crime.

Dessa forma, conforme dispõe o Código de Processo Penal, o inquérito será iniciado de ofício pela autoridade policial, por requisição do juiz ou de membro do Ministério Público nos crimes de ação pública incondicionada ou ainda por requerimento do ofendido ou quem deva representa-lo, nesses casos a autoridade policial estará obrigada a proceder à abertura de inquérito policial.

Todavia, tratar-se de ação pública condicionada a representação, embora a titularidade seja do órgão ministerial, somente será instaurado inquérito policial mediante representação do ofendido ou do Ministro da Justiça.

Há ainda as ações de iniciativa privada, que por sua vez são subdividas em duas espécies ação de iniciativa exclusivamente privada e ação subsidiária da pública. A primeira tem como destinatário imediato o ofendido ou representante legal, assim concluído o inquérito policial, estes serão remetidos ao juiz competente e aguardarão a iniciativa do ofendido. A segunda ocorre quando o Ministério Público não promover a ação penal no prazo de lei, cabendo o ofendido ou representante legal intentá-la.

Por outro lado, referente ao papel do juiz na fase pré-processual, Oliveira ressalta que:

O juiz não tutela e não deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (artigo 395 e artigo 396 do

Código de Processo Penal). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. **Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.** (OLIVEIRA, 2011, p. 325, grifo nosso).

Assim o juiz, na fase pré-processual do sistema acusatório, deve ter sua atuação restrita ao atendimento das requisições solicitadas pelo delegado de polícia ou Ministério Público, atuando como juiz garantidor dos direitos e garantias individuais do acusado. Pois, não se pode permitir que o juiz demita das suas funções de colheita de provas a Polícia Judiciária e Ministério Público, para viabilizar a propositura da ação penal, nem intencione restaurar no ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz inquisidor.

Assevera Silva (2005), ao citar Prado, que o sistema acusatório é vocacionado a cumprir a função garantística do Processo Penal. O Ministério Público, além de verdadeiro titular da ação penal, é responsável também pela preparação dessa ação.

Pacheco (2008) assevera que a finalidade e o destinatário da prova dependem do referencial ou perspectiva adotada. Dessa forma, pontua o autor, que sendo o Ministério Público, órgão estatal e que tem a atribuição de, na quase totalidade dos casos, promover a ação penal, é permitido dizer que, na fase pré-processual, as provas tem como finalidade o convencimento do Ministério Público bem como este órgão como destinatário. Quanto à finalidade dos elementos colhidos no inquérito policial, Silva ressalta que:

Ainda na fase pré-processual não se pode admitir que emane do julgador a orientação sobre os caminhos a serem seguidos na investigação ou a crítica ao material probatório colhido. Nesse particular, interessa relembrar o escopo das diligências investigatórias, tal seja, reunir os elementos informativos necessários e suficientes à formação da *opinio delicti*, ao convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação. (SILVA, 2005, p. 110)

Como dito, a fase pré-processual é atinente ao procedimento de esclarecimento do caso penal que será destinado à formação do convencimento do membro do Ministério Público, responsável pela acusação.

### **2.3 Produção antecipada de provas**

De início, cumpre ressaltar que a produção antecipada de prova é uma medida cautelar probatória e se destina a obtenção de elementos de prova que poderiam perder-se caso não

fossem colhidos antecipadamente (Brentel, 2012). No tocante a produção antecipada de prova, o novo artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal dispõe que:

A prova da alegação incumbirá a quem o 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, a adequação e proporcionalidade da medida;

Restou consignada a possibilidade de sua produção pelo juiz, antes de iniciada a ação penal, no artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, com redação acrescentada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Contudo, a citada lei não trouxe regulamentação alguma sobre produção antecipada de prova.

Por essa razão afirma Brentel (2012) que muitos doutrinadores recorrem ao processo civil, por analogia, em busca de delimitar o instituto, porém, para a autora isso se é não muito aceitável, pois o processo penal precisa de uma sistematização própria no tocante às medidas cautelares, que atenda a seus fins.

Embora não havendo disposição pelo Código de Processo Penal, Nucci diz que “a lei não menciona, mas, por óbvio, visando-se a formação de prova a valer no contraditório judicial, para o deslinde da causa, é indispensável a designação de audiência pelo juiz, com intimação das partes interessadas” (NUCCI, 2011, p. 31).

Se determinada a realização de produção de prova antecipada requerida pelas partes bem como determinada de ofício pelo juiz na fase investigativa, não existindo ainda indiciado, intimam-se todos os suspeitos e advogados, cientifica-se o Ministério Público, que atuará como fiscal da lei para realização de audiência no caso da ação penal pública assevera Nucci (2011).

O mesmo autor sobreleva que há, porém, requisitos relativos à produção antecipada de provas. Nessa linha, classifica como requisitos intrínsecos, referentes à prova a ser produzida: urgência e relevância e extrínsecos relativos à medida cautelar proposta: necessidade, adequação e proporcionalidade.

De acordo com Tasse, Miléo e Piasecki (2009), a urgência caracteriza-se quando haja receio fundado de que a prova a ser perseguida desapareça até a instrução processual e a relevância justifica-se em razão da iniciativa de trazer elementos úteis à futura aplicação da lei

penal. A necessidade é conferida como critério de indispensabilidade ou essencialidade da medida, devendo ser promovida naquele momento, não podendo aguardar o futuro.

A adequação é no sentido de que a prova deve estar conformidade lógica com o estágio de investigação ou processual e, por fim, a proporcionalidade é “o ideal equilíbrio entre a antecipação da prova e a gravidade gerada pelo corte do contraditório judicial, inserindo-se em estágio procedimental comumente inadequado” (NUCCI, 2011, p. 33).

Todavia, Barros e Machado apresentam crítica à possibilidade da produção antecipada de prova pelo juiz, pois, a abertura dos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade dão margem a uma atuação estritamente subjetivista no sentido de dar cumprimento às políticas criminais em detrimento do respeito às garantias constitucionais dos cidadãos.

Cumprir ressaltar que a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, não permite mais a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase pré-processual, deixando ao Ministério Público e à autoridade policial o requerimento dessa medida.

### **3 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE OFÍCIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

Segundo Faria (2011), um ponto crucial da reforma implementada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi a morosidade jurisdicional, com intenção de assegurar o princípio constitucional da razoável duração do processo, que comina ao Estado a obrigação de, dentro de um prazo razoável, prestar o serviço jurisdicional. Todavia, para o autor, tem se destacado as reformas no sentido de melhorar a imagem do Poder Judiciário e não aquelas que impedem que o acusado seja submetido a uma acusação por tempo excessivo.

A previsão do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal desperta discussões doutrinárias. Uma parcela da doutrina entende que é plenamente aceitável que o juiz atue na fase pré-processual na determinação de ofício de produção de prova antecipada, uma vez que não pode mais permanecer como um mero expectador na produção de provas.

De outro lado, entende parte da doutrina que não compete ao juiz a determinação de prova de ofício, pois, vai de encontro o que estabelece a Constituição Federal quando adjudicou a função de titular da ação penal ao Ministério Público, não cabendo ao juiz atuar

até mesmo da atuação deficiente do órgão ministerial. Mencionam ainda que a ônus probatório é deste último face o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

### **3. 1 Posições doutrinárias favoráveis**

A possibilidade de o juiz determinar a produção de prova de ofício, para Greco Filho (2010), é consagrada como parte das linhas mestras do processo penal, isso é justificável em razão do interesse público nele envolvido, ou seja, de um lado a necessidade da coletividade da repressão penal e, de outro, o direito de liberdade do indivíduo.

Avena, embora reconheça que a Carta Republicana de 1988 adotou o sistema acusatório, menciona que:

[...] se de um lado o sistema jurídico ergue-se sob o modelo acusatório contemplado na Lei Maior, por outro não se pode esquecer que adotou o princípio da verdade real como objetivo precípua do processo penal. Desta forma, embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, já que tal ônus compete às partes, também não é correto que assumam uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes. (AVENA, 2008, p. 156)

O autor posiciona-se no sentido de que o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, pela amplitude da faculdade que confere ao magistrado deve ser interpretado de modo que seja compatível com o sistema acusatório bem como com o princípio da verdade real que é o objetivo do processo penal. Assim, a faculdade conferida ao juiz deve ser interpretada restritivamente, sendo necessário que a iniciativa instrutória do juiz na fase pré-processual atenda aos requisitos impostos pelo artigo em comento.

Greco Filho sobreleva que “a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam, e deve ser buscada pelo juiz, independentemente de iniciativa de parte” (GRECO FILHO, 2010, p. 206). Nucci (2011) também destaca que a atuação do juiz de ofício é decorrente dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Assim, a preocupação exclusiva do magistrado é atingir a verdade.

Para Avolio (2012) se o juiz pode determinar provas durante a instrução processual o mesmo poderia fazer na fase de inquérito policial. O autor não vislumbra nisso a figura do juiz inquisidor, pois, para ele, o processo cautelar pode ser utilizado quando necessário, não ficando o juiz inerte diante da inércia da autoridade policial e do Ministério Público. O autor refere-se à decretação da interceptação telefônica de ofício, porém, como se trata também de uma medida cautelar probatória, aplica-se, por analogia, ao artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal.

Apoiado em uma visão do processo civil, que envolve principalmente direitos disponíveis, Avolio assevera que:

[...] já não se concebe, em face de sua natureza de direito público, permanecer o juiz como mero expectador da demanda, absurdo seria o juiz abrir mãos dos poderes instrutórios justamente no processo penal, no qual a carga da indisponibilidade dos direitos em jogo é absoluta. (AVOLIO, 2012, p. 195)

Ainda nesse sentido, Carvalho (2009) defende a existência de um juiz participativo em detrimento da figura do juiz quase autômato. Um juiz que atue com equilíbrio e razoável imparcialidade na colheita de provas, como modo de cercar-se o quanto possível do ideal de certeza.

Segundo Tasse, Miléo e Piasecki (2009), a regra de que o juiz não deve produzir provas não comporta divergência, porém, de maneira excepcional e fundamentada, demonstrando o preenchimento dos requisitos do artigo 156, deve fazê-lo.

A dicotomia entre defesa social e os direitos de liberdade “assume conotações dramáticas no juízo penal, avultando a obrigação do Estado de sacrificar ao mínimo os direitos de personalidade do acusado como pedra de toque de um sistema de liberdades públicas no contexto de um Estado de Direito” (AVOLIO, 2012, p. 41). Desse modo, em nome da defesa social, o juiz estaria autorizado a sacrificar direitos individuais a fim de que se mantenha a paz social.

### **3.2 Posições doutrinárias desfavoráveis**

O juiz, na fase pré-processual, nas palavras de Oliveira “deve permanecer absolutamente alheio à qualidade das provas em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes” (OLIVEIRA, 2011, p. 50). Não cabendo ao juiz tutelar à investigação. A coleta da prova ou o convencimento deve interessar ao responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal.

Nessa linha, pontuam Gomes e Maciel (2011), ao citarem Rangel, que: “O juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois, esta será requerida pelo Ministério Público (*dominus litis*) ou mediante a representação da autoridade policial, pois, pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o juiz foi afastado da persecução penal” (GOMES; MACIEL, 2011, p. 135).

Segundo Gomes e Maciel, a reforma promovida em 2008 tentou dar vida a figura do juiz inquisidor e consideraram inconstitucional a disposição do artigo 156, inciso I do Código

de Processo Penal. Para os autores, a Constituição Federal de 1988 fixou claramente os parâmetros do modelo acusatório, outorgando as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais às polícias civil e federal e ao Ministério Público a função de acusar (Gomes; Maciel, 2011).

Os autores ainda dispõem que infelizmente o legislador “com a redação do art. 156, I do CPP, parece querer restabelecer o sistema inquisitório de triste memória bem nos albores do século XXI” (GOMES; MACIEL, 2011). Gomes e Maciel entendem que o Poder Político, por não saber lidar com o fenômeno da criminalidade, estabelece em lei uma “praxe medieval”o que enfatiza a forma primitiva de como se lida com o grave problema social e comunitário denominado de crime.

Antes da reforma promovida pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, o artigo 156 do Código de Processo Penal apresentava a seguinte redação: “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”.

Nesse cenário, de um lado estava a Constituição Federal com um rol de direitos fundamentais e de outro o Código de Processo Penal, surgido sob a égide fascista, que só poderia “ser interpretado como regra permissiva da iniciativa probatória do juiz que, no combate à criminalidade, deveria atuar para encontrar a verdade ou a pacificação social” (FARIA, 2011, p. 118).

Diante disso, o artigo 156 passou a ser interpretado de maneira diversa, ou seja, somente se admitia a iniciativa instrutória do juiz para dirimir dúvida sobre ponto relevante de prova já existente nos autos, não sendo permitido ao juiz atuar quando a prova não tivesse sido produzida ou requerida, uma vez que não poderia tomar o assento do ônus da prova incumbido ao Ministério Público e, assim, agir como substituto da acusação (Faria, 2011).

Porém, noutro sentido foi editada a Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que, ao invés de aproximar-se do sistema acusatório, “a alteração enfatizou o aumento dos poderes do juiz como medida de curar todas as mazelas da sociedade e de legitimar a atuação de um juiz inquisidor” (FARIA, 2011, p. 119).

O autor considera que a permissão do juiz atuar de ofício na fase preliminar ofendeu os princípios inerentes ao sistema penal acusatório e demonstra uma postura legislativa que contempla regras em desencontro com o modelo constitucional imposto ao processo penal.

Prado (2005) destaca que “a prova levada ao processo por vontade do juiz tem em si uma contaminação psicológica do investigador, que vai a procura exatamente daquilo que se pretende achar, circunstância que eiva de imparcialidade o pronunciamento do juiz” (PRADO, 2005, p. 136-137).

Em situação análoga, menciona Oliveira (2011), havia previsão da atividade inquisitorial do juiz na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Esta lei trata das ações de combate às organizações criminosas e que consentia ao juiz pessoalmente a colheita de dados sigilosos na fase de investigação. Contudo, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2 (conferir anexo A), proclamou a inconstitucionalidade de tal disposição, por ofensa aos princípios da imparcialidade que o juiz deve preservar e do devido processo legal, cabendo ao Ministério Público e a autoridade policial às funções de investigador e inquisidor.

Nessa linha, ressalta o autor que “[...] parece-nos, o Supremo Tribunal Federal não hesitará em afirmar e, assim, extirpar da ordem processual penal a inconstitucionalidade do disposto no art. 156, I, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/08” (OLIVEIRA, 2011, p. 436).

Oliveira (2011) sobreleva ainda a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 (conferir anexo B) que cuida da Reforma do Código de Processo Penal produzido a partir de anteprojeto formulado por uma Comissão de Juristas em 2008.

Uma das propostas da Comissão está inserida no artigo 4º do Projeto de Lei, que assim dispõe: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Dessa forma, o Código de Processo assume expressamente o modelo acusatório como o sistema de partes.

Sabe-se que durante a tramitação do inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigativo a determinação de alguma medida cautelar previne o juízo, que será competente para apreciar o futuro processo. Dessa forma, a atuação do juiz na fase pré-processual na atual sistemática ao invés de excluir a sua competência para o futuro processo torna-o preventivo. Desse modo dificilmente o juiz terá a necessária imparcialidade para conduzir o futuro processo, vez que está envolvido diretamente desde a fase preliminar.

Ressalta-se ainda que o Projeto aduz no artigo 14 a criação do juiz das garantias que será incumbido “do controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. O juiz das garantias teria competência para, além de coisas, apreciar requerimentos preliminares.

Com acerto, o juiz das garantias ficará impedido de atuar no processo. Se assim permanecer o dispositivo, o juiz responsável pelo processo e julgamento será afastado definitivamente da fase preliminar, cabendo tão somente ao juiz das garantias deliberar mediante requerimento sobre a produção de prova na fase pré-processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo histórico dos sistemas processuais observa-se que o sistema acusatório é o mais compatível com a Constituição Federal de 1988. No sistema acusatório as funções de acusar e julgar são atribuídas a órgãos diferentes. Na fase pré-processual condizente com o sistema acusatório a gestão da prova deve ficar a cargo do Ministério Público, órgão responsável acusação no nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a Constituição Federal fez prevalecer os princípios da não culpabilidade e o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*), isso corrobora para que o Ministério Público assumira o ônus probatório. A Constituição Federal ao atribuir a cada sujeito processual às funções desenvolvidas para apuração de um fato delituoso e a decisão final estabeleceu um procedimento pautado em critérios democráticos, garantindo um julgamento por um juiz imparcial.

Por outro lado a busca da verdade real não autoriza a iniciativa probatória do juiz, pois não há falar em princípio da verdade real porquanto superada a noção de verdade real, sendo que, no processo, só se pode falar em verdade obtida através de formalidades procedimentais, ou seja, verdade processual. Assim, a iniciativa probatória do juiz na fase pré-processual somente se justifica em um sistema inquisitivo, neste se propõe uma mítica busca da verdade real.

No Brasil, o sistema processual penal adotado pela legislação infraconstitucional diverge do sistema processual apontado pela Constituição Federal de 1988 e a solução dada ao confronto entre a lei e a Magna Carta faz-se possível mediante a observância do princípio da supremacia constitucional, uma vez que na Constituição é que se encontram as normas fundamentais do Estado.

Observa-se que o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, que faculta a iniciativa instrutória do juiz, é nitidamente reflexo do sistema inquisitivo, desse modo não se coaduna com o sistema processual eleito pela Constituição Federal de 1988, configurando, portanto, flagrante hipótese de inconstitucionalidade material, em virtude de afrontar princípios da Lei Maior. Enquanto não reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cabe o controle difuso de constitucionalidade pelos juízes e tribunais, negando a aplicação do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional do processo, a discussão a respeito das garantias do acusado versus eficiência da investigação. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/flaviane\\_de\\_magalhaes\\_barros.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/flaviane_de_magalhaes_barros.pdf)>. Acesso em: 14 de dez 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 27 set. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 27 de set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: 1570-2. Rel. Min. Mauricio Corrêa. Plenário reunido em 12.02.2004.

BRENTEL, Camilla. As provas não repetíveis no processo penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02102012-145142/pt-br.php>>. Acesso em 14 de dez 2012.

CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o enfoque da Lei nº 11.690/2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1112/1277>>. Acesso em 28 nov. 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, André. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOVELINO, Marcelo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 156, de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 17 dez 2012.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências do sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1998. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2005.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. O Novo Sistema de Provas no Processo Penal Comentários à Lei 11.690/08. Juruá: Curitiba, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

**ANEXO**

**Anexo A - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570-2 União Federal.**

**Anexo B - Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 – Capítulos I e II.**