



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bernardo Braga e Silva

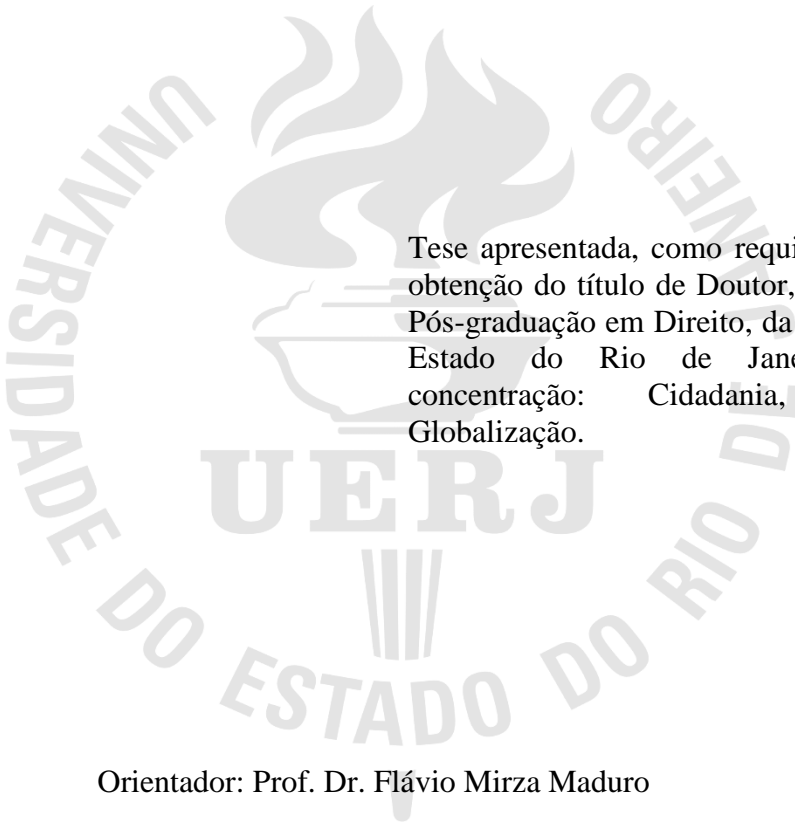
O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano

Rio de Janeiro

2019

Bernardo Braga e Silva

O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586 Silva, Bernardo Braga e.

O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano / Bernardo Braga e Silva. - 2019.

332 f.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Prova (Direito) - Teses. 2. Defesa (Direito) – Teses. 3. Processo penal – Teses. I. Maduro, Flávio Mirza. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.14

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bernardo Braga e Silva

O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 7 de fevereiro de 2019.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Universidade São Paulo

Prof. Décio Luiz Alonso Gomes

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro, meu orientador, não apenas pela incansável assistência (e paciência) ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, mas também por ter sempre servido como um norte na minha vida acadêmica, profissional e pessoal.

Aos professores do curso de pós-graduação em Direito Processual da UERJ, e demais colegas de sala, pela grande contribuição que tiveram com o desenvolvimento deste estudo, em razão do inesgotável conhecimento compartilhado.

À Prof.^a Susan A. Simone Kang, diretora do Graduate Legal Education and International Program da Boston College Law School, que me auxiliou enormemente quando das pesquisas empreendidas na referida instituição.

Merecem, ainda, um especial agradecimento os Profs. Drs. Leonardo Greco, Humberto Dalla, Diogo Malan e Décio Alonso Gomes, os dois primeiros em razão de seus brilhantes ensinamentos desde o curso de Mestrado, e os demais, pelas precisas observações realizadas no exame de qualificação que se revelaram fundamentais para o resultado final deste trabalho.

À Ilcelene Bottari e ao Luiz Carlos Maranhão, que sempre me apoiaram na vida profissional como advogado criminal – até mesmo quando não pude estar presente no escritório em razão da elaboração da presente tese –, e cujos constantes questionamentos acerca do atual tratamento que vem sendo conferido ao direito de defesa pelo Poder Judiciário nacional acabaram por justificar a concepção desta pesquisa.

Aos maiores amores da minha vida: Giulia, que sempre demonstrou paciência nas incontáveis noites e finais de semana em que me dediquei à tese, e Manuela, que mesmo antes de nascer, já conseguiu dar um novo significado à minha vida.

Aos meus pais, Paulo e Maria, e à minha irmã Renata, que sempre se mostraram como os maiores incentivadores desta empreitada acadêmica, e cujos carinho e dedicação ao longo de todos esses anos tornaram tudo isso possível.

Por fim, aos meus “amigos-irmãos” Raphael Nunes e Luiza Carrera, pelo companheirismo e por terem contribuído com apontamentos precisos ao presente texto.

“Evidence is the basis of justice;
to exclude evidence is to exclude justice”.

(Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*,
Book VIII, Chapter II)

RESUMO

SILVA, Bernardo Braga e. *O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano*. 2019. 332 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

A limitação judicial discricionária do direito à prova defensiva revela-se com um dos principais obstáculos à decisão justa atualmente verificado no Processo Penal brasileiro. Essa é a razão pela qual o presente trabalho tem como objetivo analisar o desrespeito à ampla defesa, insculpida como garantia fundamental do processo no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, sob o viés da restrição indevida ao exercício do direito probatório defensivo nas ações penais condenatórias por meio do estabelecimento de ilegítimos limites processuais à admissão da prova requerida pelo acusado. Com base em uma visão do Processo Penal como instrumento garantidor dos direitos do réu frente ao poder estatal, e admitindo-se o direito à prova defensiva como corolário das garantias da ampla defesa e da verdade processual, analisar-se-ão os limites à prova lógicos, epistemológicos e sistêmicos previstos em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo-se maior precisão nas suas hipóteses de incidência. Objetivando-se, assim, encontrar subsídios para a relativização de tais restrições probatórias em favor do réu, estudar-se-á o sistema probatório dos Estados Unidos da América sob a ótica do direito à prova do acusado, advindo da *compulsory process clause* prevista na Sexta Emenda da Constituição Federal daquele país. Considerando-se, ainda, as previsões das *Federal Rules of Evidence*, serão expostas as hipóteses de restrições probatórias previstas no ordenamento estadunidense, bem como a forma como a jurisprudência e doutrina dos EUA as vêm relativizando quando posta em xeque a prova exculpatória. Por fim, com base na experiência norte-americana da chamada *law of evidence*, mas sem se descuidar das devidas adaptações, propor-se-á uma releitura das limitações processuais à admissão da prova do acusado no Processo Penal brasileiro, utilizando-se para tal uma adequada ponderação entre os interesses processuais conflitantes, e buscando-se, assim, uma efetiva maximização do direito do réu de se defender provando.

Palavras-chave: Direito à admissão da prova do acusado. Ampla defesa. Limites processuais probatórios. *Law of evidence*. *Compulsory process clause*.

ABSTRACT

SILVA, Bernardo Braga e. *The right to admission of accused's evidence in the Brazilian Criminal Procedure and its procedural limitations: a search for parameters in the North-american system*. 2019. 332 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The discretionary judicial limitation of the accused's right to present evidence is revealed as one of the main obstacles to a fair decision currently verified in the Brazilian Criminal Procedure. This is the reason why this work aims to analyze the disrespect to the right to present a defense, due process fundamental guarantee (art. 5º, LV of the Brazilian Federal Constitution), under the bias of undue restriction to the exercise of the defensive evidentiary right in criminal proceedings by imposing unlawful procedural restrictions to the admission of the evidence required by the accused. Based on a vision of the Criminal Procedure as a guarantor of the rights of the accused against the state power, and assuming the accused's right to present evidence as a corollary of the guarantees of a complete defense and procedural truth, the logical, epistemological, and systemic evidentiary limits provided for in our legal system will be analyzed, establishing a greater precision in their hypothesis of incidence. With the aim of finding subsidies for the relativization of such evidentiary restrictions in favor of the defendant, the United States of America's evidentiary system will be studied from the point of view of the accused's right to present evidence, arising from the compulsory process clause provided for in the Sixth Amendment of the US Federal Constitution. Considering the Federal Rules of Evidence, the hypotheses of evidentiary restrictions in the USA's legal system will be stated, as well as the way in which North-American jurisprudence and doctrine have been relativizing it when the exculpatory evidence is in check. At last, based on the US experience on the so-called "law of evidence" (without neglecting the appropriate adaptations), it will be proposed to reinterpret the procedural restrictions to the admission of the accused's evidence in the Brazilian Criminal Procedure, using for such an adequate balance between conflicting procedural interests, thus seeking an effective maximization of the defendant's right to defend himself by proving.

Keywords: Right to admission of accused's evidence. Complete defense. Procedural evidentiary restrictions. Law of evidence. Compulsory process clause.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo interno
AgRg	Agravo regimental
AREsp	Agravo em recurso especial
CDHONU	Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código penal – Decreto-lei nº 2.848, de 07/12/1940
CPC/15	Código de processo civil – Lei nº 13.105, de 16/03/2015
CPP	Código de processo penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941
CPPi	Código de processo penal italiano
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988
DJe	Diário da Justiça eletrônico
EAREsp	Embargos de divergência em agravo em recurso especial
EUA	Estados Unidos da América
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FRE	<i>Federal Rules of Evidence</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Julg.	Julgamento
Min.	Ministro
PET	Petição
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso especial
RHC	Recurso em <i>habeas corpus</i>
RMS	Recurso em mandado de segurança
SG	Sistema garantista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StPO	Código de processo penal alemão
V.G.	<i>Verbi gratia</i> , locução latina, cujo significado é equivalente a “por exemplo”

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	O DIREITO À PROVA DEFENSIVA	21
1.1	A prova como objeto do exercício do direito da parte na relação jurídico-processual penal	21
1.2	Os escopos do Processo Penal como premissa lógico-interpretativa	26
1.3	A ampla defesa em Processo Penal: para além de um mero contraponto ao exercício do direito de ação	32
1.4	O direito à prova defensiva e sua relação com a ampla defesa	38
1.5	O direito à prova defensiva e sua relação com o valor verdade	47
1.6	A extensão do direito à prova do acusado nas ações penais condenatórias: o <i>thema probandum</i>	56
2	O DIREITO À ADMISSÃO DA PROVA DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	66
2.1	A crítica ao “garantismo integral” como fundamento para relativização do direito à admissão da prova defensiva	66
2.2	A necessidade do estabelecimento de parâmetros seguros para a admissão da prova defensiva: uma breve crítica ao “ativismo judicial” e à discricionariedade judicial ilimitada	80
2.3	Os critérios legais para a admissão da prova defensiva no sistema processual penal brasileiro	85
2.3.1	<u>Os limites probatórios processuais</u>	89
2.3.1.1	Dos limites lógicos	93
2.3.1.1.1	A relevância <i>lato sensu</i> da prova e as diferenças conceituais entre seus elementos “pertinência” e “relevância” <i>stricto sensu</i>	96
2.3.1.2	Dos limites epistemológicos: questões acerca da confiabilidade probatória	105
2.3.1.2.1	Das restrições legais à produção da prova testemunhal com base na ausência de sua confiabilidade: as testemunhas desobrigadas ou proibidas de depor	107
2.3.1.3	Dos limites sistêmicos	114
2.3.1.3.1	A prova protelatória	115

2.3.1.3.2	A prova superabundante	122
2.3.1.3.3	A prova extemporânea: o fenômeno da preclusão probatória	126
2.3.1.3.3.1	O conceito de preclusão e sua relação com a busca da verdade	127
2.3.1.3.3.2	Espécies de preclusão e a prova extemporânea como forma de limitação legal ao direito à admissão da prova	131
3	O DIREITO À PROVA DEFENSIVA E SUAS LIMITAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	138
3.1	Um breve resumo do procedimento criminal nos Estados Unidos da América	138
3.2	O sistema norte-americano de controle judicial às violações das garantias previstas no <i>Bill of Rights</i>	147
3.3	O direito à prova defensiva nos EUA: uma garantia constitucional? ...	152
3.4	A garantia do <i>compulsory process</i> prevista na Sexta Emenda Constitucional norte-americana	155
3.5	A criação das <i>Federal Rules of Evidence</i>: uma visão do sistema probatório norte-americano	161
3.6	Formas de limitação ao exercício do direito à admissão da prova defensiva nos EUA durante o <i>trial</i>	166
3.6.1	<u><i>Pretrial discovery</i> e o necessário acesso às informações de posse do acusador</u>	168
3.6.2	<u>A relevância como critério para admissão da prova defensiva no sistema norte-americano</u>	172
3.6.2.1	A exigência da <i>Rule of Evidence 401 (b)</i> e a extensão do interesse probatório do acusado como critério para aferição da relevância da prova defensiva	175
3.6.2.2	A relevância do testemunho de caráter e sua relação com o objeto de prova: a fase de <i>sentencing</i> no direito norte-americano	185
3.6.2.3	O <i>offer of proof</i> e a necessidade de antecipação da intenção probatória defensiva	187
3.6.3	<u>A possibilidade de limitação da produção probatória, ainda que relevante: o <i>balancing test</i></u>	189
3.6.3.1	O <i>unfair prejudice</i> como critério para exclusão de provas relevantes	193

3.6.3.2	A demora indevida (<i>undue delay</i>) como critério para exclusão de provas relevantes: o direito ao <i>speedy trial</i> e o choque com a demora do procedimento	199
3.6.3.3	A desnecessidade de produção de prova repetitiva (<i>cumulative evidence</i>) como critério para exclusão de provas relevantes no direito norte-americano	206
3.6.3.4	Para além da <i>Federal Rule of Evidence 403</i> : a <i>competence</i> como outra hipótese para exclusão de provas relevantes no sistema norte-americano ..	208
3.6.4	<u>O órgão responsável pelo controle da admissão da prova defensiva e a possibilidade de sua revisão no Processo Penal dos EUA</u>	214
3.6.4.1	A ausência de materialidade (<i>immateriality</i>) como critério para a manutenção da inadmissão da prova em sede de júízo revisional	217
4	UMA RELEITURA DA LIMITAÇÃO À ADMISSÃO DA PROVA DEFENSIVA NO SISTEMA BRASILEIRO COM BASE NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	220
4.1	A relevância <i>lato sensu</i> da prova requerida pela defesa e a compatibilização dos limites lógicos de admissão da prova com o direito probatório do acusado	228
4.1.1	<u>Das questões controvertidas quanto aos limites lógicos probatórios: o equivocado indeferimento de requerimento defensivo para a produção de prova oral acerca do caráter do acusado</u>	233
4.1.2	<u>Ainda sobre as questões controvertidas acerca dos limites lógicos probatórios: o equivocado indeferimento de requerimento de prova pericial pela defesa</u>	239
4.1.3	<u>Ainda sobre as questões controvertidas acerca dos limites lógicos probatórios: a necessidade de antecipação pela defesa daquilo que pretende provar e a legitimidade da aplicação do instituto norte-americano do <i>offer of proof</i> no sistema processual penal brasileiro</u>	243
4.2	Dos limites epistemológicos como hipóteses de restrições indevidas ao direito à prova defensiva	250
4.3	Uma reanálise dos limites sistêmicos sob o prisma do direito à prova defensiva	259

4.3.1	<u>A compatibilização do conceito de prova protelatória com o legítimo exercício do direito à admissão da prova defensiva</u>	260
4.3.2	<u>A compatibilização do conceito de provas superabundantes com o legítimo exercício do direito à admissão da prova defensiva</u>	265
4.3.3	<u>A prova extemporânea e o direito a se defender provando: por uma readequação do fenômeno da preclusão probatória defensiva</u>	270
4.4	O necessário controle pelas instâncias superiores dos critérios adotados pelo magistrado para indeferir a prova defensiva: por uma releitura da figura do juiz como único destinatário da prova	285
	CONCLUSÃO	292
	REFERÊNCIAS	303

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas atuais dos sistemas processuais penais é a existência de inúmeras condenações, fruto de deficiência do exercício de defesa.¹ Não raras as vezes, depara-se com hipóteses em que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público simplesmente ignoram a ausência de defesa efetiva por parte do acusado, seja porque acreditam fielmente em sua culpa – como se tal hipótese justificasse o abandono da necessidade da defesa ampla do réu –, seja porque a rotina do dia a dia forense faz com que se desprezem as suas mazelas mais primárias.

Nesse diapasão, em nosso sistema processual, empilham-se hipóteses nas quais sentenças condenatórias são prolatadas sem que o réu tenha efetivamente exercido o seu direito de contraditar a hipótese acusatória, por vezes em razão da absoluta incapacidade técnica do defensor constituído ou designado; por outras, em que pese o respeitável esforço do causídico, devido à deficiente atividade probatória defensiva, sempre subjugada à autorização de produção de prova² por parte do magistrado, que acaba por jogar uma “pá de cal” à possibilidade de o réu demonstrar a inconsistência da imputação.

Embora latentes em nosso sistema criminal – muito em razão da absoluta carência do devido apoio governamental à defensoria pública, ou mesmo à advocacia dativa, nos locais em que aquela ainda não se encontra desenvolvida – e extremamente relevantes, questões acerca das possíveis deficiências da atividade do defensor técnico não serão objeto do presente trabalho.

Dessa forma, o desrespeito à ampla defesa do acusado, insculpido como garantia fundamental do processo no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, será analisado sob o ponto de vista da restrição indevida ao exercício do direito probatório defensivo nas ações penais condenatórias,³ através da criação legal de ilegítimos limites processuais⁴ à admissão

¹ Tal questão já foi objeto de estudo pela Anistia Internacional no **Amnesty International Report – 1975-1976** (Amnesty International, Londres, 1976). Sobre o tema, ver WESTEN, Peter. Confrontation and Compulsory Process: a Unified Theory of Evidence for Criminal Cases. **Harvard Law Review**, Boston, n. 91, p. 567-628, 1978.

² Cabe ressaltar que é utilizado aqui o conceito de “prova” em sua forma geral, como categoria metajurídica, da forma como defendido por Bentham, a saber, como “fenômeno utilizado pelo conhecimento humano em todas as áreas do saber, procurando desprendê-la de uma caracterização especializada, exclusivamente técnico-jurídica”, conforme exposto por Leonardo Greco em “O conceito de prova” (**Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 4/5, p. 224, 2003-2004). Assim, não se restringirá à utilização da expressão “prova” apenas àqueles elementos de convicção sobre os quais foram integralmente aplicadas as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

³ Note-se que se pode verificar deficiências no que tange à garantia do direito à prova defensiva igualmente na fase pré-processual, mostrando-se relevante as discussões acerca da investigação defensiva. Todavia, como o

da prova requerida pelo acusado. Esse será o recorte epistemológico desta investigação.

Poucas não são as hipóteses em que nosso Código de Processo Penal opta por restringir a possibilidade de produção probatória pelas partes na fase processual, sendo certo que tais limitações se tornam ainda mais relevantes quando se trata de prova que eventualmente poderá afastar a condenação do acusado.

A uma, porque o réu é o único sujeito processual que sofrerá graves prejuízos caso o resultado final da ação penal condenatória lhe seja desfavorável, uma vez que, na maioria dos casos, acabará custando-lhe sua própria liberdade.

A duas, porque, diferentemente do que ocorre com o acusador público – que, por força de previsão constitucional,⁵ tem poderes próprios para empreender coercitivamente a realização de diligências (v.g., expedição de ofício a órgãos públicos, oitiva de testemunhas etc.) – a defesa, no sistema processual penal brasileiro, fica totalmente à mercê da “benevolência” do juízo para que seus pleitos probatórios sejam deferidos e efetivamente produzidos.⁶

E, infelizmente, a praxe forense tem demonstrado que, por muitas vezes, nosso Poder Judiciário vem inadmitindo, de forma absolutamente discricionária, o pedido de prova defensiva sob a pecha deste ser *irrelevante*, *impertinente*, dentre outras, à míngua de critérios sólidos, desenvolvidos por nossa doutrina ou jurisprudência, acerca das hipóteses em que tal limitação estaria em consonância com o direito à ampla defesa.

Não se busca negar que, em virtude do devido sopesamento com outros interesses processuais igualmente relevantes, devem haver restrições legais ao direito das partes à admissão da prova requerida na fase processual. Todavia, tal questão se torna especialmente tormentosa no Processo Penal, uma vez que o *status libertatis* do acusado é o bem jurídico

presente trabalho busca reinterpretar as hipóteses de inadmissão da prova exculpatória que regem somente a fase processual, o referido ponto não será objeto de análise.

⁴ Como será melhor exposto no Capítulo II deste trabalho, os limites probatórios extraprocessuais, caracterizáveis principalmente na categoria das provas ilícitas, não serão objeto de análise, já que, na praxe forense, esses não se apresentam normalmente como obstáculo ao exercício do direito à prova do acusado.

⁵ Conforme art. 129, inciso VI, da Constituição Federal.

⁶ Acerca desse flagrante desequilíbrio probatório, Welton Roberto afirma que: “Não se pode mais, pois, admitir que as provas, principalmente as testemunhais, sejam de ‘propriedade’ de uma das partes, *in casu*, o Ministério Público (que se utiliza muitas vezes do aparato policial), porquanto com poderes requisitórios pode obrigar qualquer pessoa a declarar a verdade, enquanto a defesa nem sequer tem o poder de notificar qualquer que seja o cidadão que saiba sobre o conteúdo probante a dar seu depoimento. O desequilíbrio é patente” (ROBERTO, Welton. **Paridades de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 136). Note-se que o problema se torna ainda mais grave em nosso sistema em razão da impossibilidade de produção probatória pela defesa na fase pré-processual, uma vez que a realização da diligência requerida pelo investigado, na forma do art. 14, CPP, ficará “a juízo da autoridade”. Embora o desenvolvimento da investigação defensiva em nosso sistema seja tema extremamente relevante, ainda mais com a possibilidade de provas colhidas na fase pré-processual corroborarem aquelas produzidas em juízo (CPP, art. 155), sua análise no presente trabalho excederia seus objetivos e limites.

posto em xeque.⁷

Nem mesmo o elevado *standard* de prova exigido nas ações penais condenatórias para que se autorize o exercício do poder de punir pelo Estado revela-se como fundamento válido para se descurar das hipóteses de limitação ilegítima ao direito do acusado de se defender provando, uma vez que, como será analisado ao longo do presente trabalho, o conjunto probatório colacionado aos autos – parâmetro para análise do referido *standard* – será sempre composto por um balanceamento entre as provas produzidas a favor da hipótese acusatória e aquelas que a refutam,⁸ que alicerçarão as “contra possibilidades” apresentadas pela defesa.⁹

Não obstante isso, decisões arbitrárias de inadmissão probatória defensiva são prolatadas diariamente por nossos tribunais, muitas vezes com a aplicação de critérios desproporcionais de aceleração processual desmedida – em virtude da suposta necessidade em se dar uma resposta rápida à sociedade em casos rumorosos¹⁰ –, enquanto noutras sob a inaceitável justificativa de que o magistrado, propalado como único destinatário da prova,¹¹ já se encontraria convencido acerca do ponto que se pretende atestar.

Saliente-se, porém, que tal problema não é exclusividade de nosso ordenamento jurídico, sendo verificado também em outros países, até mesmo naqueles originados do sistema da *common law*, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (EUA), que aqui será utilizado como sistema paradigmático para a proposição de releitura das limitações processuais à admissão da prova do acusado previstas em nossa legislação.

Assim como no Brasil, os operadores do direito norte-americanos têm igualmente verificado inúmeras dificuldades práticas quando da aplicação e delimitação das garantias

⁷ “Once proffered evidence or inferences satisfy the threshold requirements of value or importance, the right to due deliberation entitles one to expect that an adjudicator will consider them to the extent warranted by the importance of the question on which they bear. One should be entitled to expect more thorough evidence-gathering and deliberation when more significant rights or interests are at stake, and somewhat less in other contexts” (CALLEN, Craig R. “Human Deliberation in Fact-Finding and Human Rights in the Law of Evidence”. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill [Orgs.]. **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 316).

⁸ Como bem atestado por Keynes, a força do conjunto probatório condenatório “depends upon a balance between the favorable and the unfavorable evidence” (KEYNES, John Maynard. **A Treatise on Probability**. London: MacMillan and Co, 1921, p. 71).

⁹ “In assessing the efficacy of decision-makers’ allocation of their decision-making resources, it is important to appreciate that they must consider not only possible inferences or inclinations but also counter-possibilities to inferences or inclinations in reaching a particular decision. [...] Having been presented with significant information, the legal fact-finder acts rationally and in accordance with a defendant’s right to due deliberation if she explores counter-possibilities to the inferences the prosecution urges, to the extent that this approach is warranted by the interests at stake. Those counter-possibilities may be functions of new data, or of strategies the fact-finder has not previously considered, or combinations of the two” (CALLEN, Craig R. “Human Deliberation in Fact-Finding and Human Rights in the Law of Evidence”. **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**, p. 315).

¹⁰ Exemplo claro de tal hipótese no Brasil verifica-se nos casos decorrente da chamada “Operação Lava-Jato”.

¹¹ As devidas críticas com relação a tal questão serão elaboradas no Capítulo IV.

constitucionais probatórias, advindas do devido processo legal (*due process of law*),¹² que visam proteger o acusado das arbitrariedades estatais.¹³

Optou-se, então, em razão da centenária tradição dos comentaristas da *common law* no desenvolvimento de regras probatórias, por se buscar, naquele ordenamento alienígena, subsídios teóricos adequados à interpretação judicial acerca das hipóteses legais de restrição à admissão da prova defensiva nas ações penais condenatórias.

Fato é que a prática secular anglo-saxônica de julgamento por júri popular fez com que a preocupação acerca dos critérios adotados para a produção e apresentação da prova ao julgador (*fact-finder*) se tornasse um dos pontos cruciais do sistema judicial dos EUA, razão pela qual a experiência probatória lá empreendida contribuirá em muito para este trabalho.

Soma-se ainda, para justificar a escolha do sistema norte-americano como paradigmático, o fato de que, principalmente nas últimas décadas, a experiência judicial daquele país tem influenciado, de forma relevante, a prática processual penal brasileira, não só através da introdução, em nossa legislação, de institutos típicos das tradições da *common law*,¹⁴ como também na adoção, por nossa jurisprudência, de alguns conceitos jurídicos desenvolvidos no bojo daquele sistema.¹⁵

Mesmo que se possa encontrar certa dificuldade na adaptação de institutos típicos do “sistema adversarial” norte-americano à realidade jurídica brasileira, inspirada no “sistema inquisitorial” da *civil law*,^{16,17} a história do ordenamento jurídico de determinado país será

¹² Porque, como se sabe, em Processo Penal, “*the need to protect individual defendants and promote individual freedom is pitted against state interests in prosecuting crime and maintaining security*” (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**. 5th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996, p. 8).

¹³ Nesse sentido, Akhil R. Amar diz que “*The Sixth Amendment is the heartland of constitutional criminal procedure, yet the legal community lacks a good map of its basic contours, a good sense of its underlying ecosystem, a good plan for its careful cultivation. Amidst all the Amendment’s tightly configured clauses, scholars, lawyers, and judges have often lost their way. The result, at times, has been bad constitutional law and bad criminal procedure*” (AMAR, Akhil Reed. “Foreword: Sixth Amendment First Principles”. **Georgetown Law Journal**, Washington DC, n. 84, p. 641, 1996).

¹⁴ Pode-se apresentar, como exemplos, questões típicas da justiça negocial do Processo Penal dos EUA, verificadas no instituto da transação penal, introduzido pela Lei n. 9.099/95, ou da delação premiada, sedimentado em nosso ordenamento, principalmente, após a edição da Lei n. 12.850/13.

¹⁵ Exemplo claro de tal afirmativa revela-se, por exemplo, na introdução, em nosso País, através da jurisprudência, da regra da ilicitude das provas por derivação, claramente inspirada no instituto norte-americano do *fruits of the poisonous tree*, muito antes de sua expressa previsão legal, através da Lei n. 11.690, de 2008 (v.g., STF – 2ª Turma, **RHC n. 90376/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 18/05/2007).

¹⁶ Note-se que a Europa igualmente foi objeto de um influxo de institutos norte-americanos, o que acabou por influenciar diversas reformas nos sistemas dos países continentais. Nesse sentido, Elisabetta Grande informa que “*During the last few decades European criminal procedures underwent extensive reforms in Continental Europe and the American adversary system often became the reference model for the overhaul. Legal institutions like hearsay prohibition, cross-examination, jury trial, or a governmental pre-trial investigation conducted by the police and the public prosecutor as opposed to a judicial pre-trial investigation conducted by the investigating magistrate, traveled from the American criminal procedure systems to its European counterparts*” (GRANDE, Elisabetta. “Rumba justice and the Spanish jury trial”. In: ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. [Orgs.]

sempre composta, em parte, pelo empréstimo de institutos provenientes de experiências alienígenas,¹⁸ configurando aquilo chamado por Alan Watson de “transplantes legais”, verificados desde a Antiguidade,¹⁹ e que constituem uma das formas mais férteis de desenvolvimento do sistema judicial de uma nação.²⁰

Além disso, a constante globalização, bem como a reiterada prática de crimes transfronteiriços, como aqueles realizados através de organizações criminosas internacionais, acaba por intensificar a aproximação entre as políticas criminais dos Estados, tornando-se cada vez mais difícil enquadrar os sistemas processuais penais adotados, de forma estanque, na dicotomia “adversarial-inquisitorial”,²¹ podendo-se, inclusive, afirmar que não existem mais “sistemas processuais puros nos ordenamentos jurídicos contemporâneos”.²²

Comparative Criminal Procedure. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 365). No mesmo sentido, ver JIMENO-BULNES, M. “American Criminal Procedure in a European Context”. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 21, n. 2, p. 436, 2013; e WIEGAND, Wolfgang. “The Reception of American Law in Europe”. **American Journal of Comparative Law**, n. 39, p. 229-48, 1991.

¹⁷ Inclusive, em sua clássica obra *The Faces of Justice and State Authority*, Damaška propõe o abandono dessa divisão clássica entre sistemas “adversarial” e “não adversarial”. Independentemente de uma visão maniqueísta entre qual dos dois modelos seria o ideal, para o autor, poderá ser considerado adequado o sistema processual penal adotado pelo país, independentemente de sua inspiração, se aquele estiver de acordo com os fins do sistema judicial daquela determinada sociedade (DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process.** New Haven: Yale University Press, 1986, p. 241).

¹⁸ Como ressalta Alan Watson, citando Roscoe Pound: “[the] *history of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law* (WATSON, Alan. **Legal transplants: An Approach to Comparative Law.** Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 22). Neste mesmo sentido, Barbosa Moreira afirma que “receber influências estrangeiras constitui fato normal na história do ordenamento jurídico. Esta em definitivo sepulta [...] a ideia de que se podem sustentar por tempo dilatado posições rigidamente isolacionistas” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 87-104, out.-dez. 1998).

¹⁹ WATSON, Allan. **Legal transplants: An Approach to Comparative Law**, p. 24

²⁰ *Ibid.*, p. 95.

²¹ Neste sentido, Ross e Thaman afirmam que “[...] *while the majority of criminal procedure scholars still use the adversarial-inquisitorial dichotomy as a heuristic tool for systemic comparison [...] it has become increasingly clear that it is difficult today to neatly classify systems as falling squarely in one camp or the other*” (ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. “Introduction: mapping dialogue and change in comparative criminal procedure”. In: _____.; _____. [Orgs.]. **Comparative Criminal Procedure.** Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 13).

²² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 27. Inclusive, a crescente preocupação com a prática de crimes de terrorismo, bem como com conflitos étnicos e religiosos, e crimes contra a humanidade que demandam julgamento através de Tribunais internacionais, passou a exigir certo consenso mínimo entre os países nas regras probatórias e procedimentais criminais (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The Internationalisation on Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions.** New York: Cambridge University Press, 2012, p. 4). Neste mesmo sentido, Roberts e Hunter asseveram que “*tangible traces of cosmopolitan legality are everywhere to be seen: in the institutions of regional governance, such as the (EU) European Council and Commission and the (Council of Europe’s) European Court of Human Rights; in unprecedented efforts to implement international criminal law through novel creations such as the UN ad hoc tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR), culminating in the historic achievement of a permanent International Criminal Court; and in the pervasive discourses and institutionalised practices of human rights law itself*” (ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. “Introduction – The Human Rights Revolution in Criminal Evidence and Procedure”. In: _____.; _____. [Orgs.]. **Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions.** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2012, p. 4).

Dessa forma, o presente trabalho objetiva, com subsídio na rica experiência criminal norte-americana, e por meio de análise detida dos interesses envolvidos em cada hipótese de limitação probatória processual, propor critérios minimamente rígidos que possam, através do respeito do princípio da proporcionalidade, guiar o magistrado quando da decisão acerca da admissão da prova requerida pelo acusado, afastando-se, assim, quanto ao tema, a absoluta discricionariedade judicial verificada atualmente na praxe forense brasileira.

No primeiro capítulo, que se presta a introduzir o tema, é analisado o direito à prova defensiva em Processo Penal. Para tal, após se apontar as principais correntes acerca da natureza jurídica do processo, opta-se por adotar aquela defendida por Bülow, desenvolvendo-se a ideia de prova como objeto do exercício de direito da parte na relação jurídica processual penal. Nesta etapa se discorre também acerca do escopo principal do Processo Penal, visto como instrumento garantidor dos direitos do acusado frente ao poder estatal, sustentando-se, ainda, a ampla defesa como um *plus*, e não um mero contraponto, frente ao exercício do direito de ação pelo acusador, bem como a existência de uma relação indissociável entre tal garantia fundamental do processo, a verdade processual e o direito à prova defensiva. Por fim, delimita-se a real extensão do direito probatório do acusado, através da análise dos elementos componentes do *thema probandum* em Processo Penal. Fixam-se, portanto, nesse capítulo, as principais premissas interpretativas para o desenvolvimento da tese.

No segundo capítulo, o trabalho passa a enfrentar o atual cenário da admissão da prova defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se a possibilidade de relativização do direito probatório do acusado, rechaçando-se, todavia, a legitimidade de um suposto “garantismo integral”. Estabelece-se, então, a necessidade de se propor critérios mais adequados para restrição ao direito à admissão da prova da defesa, negando-se a discricionariedade judicial ilimitada. Dividem-se então os critérios legais para admissão da prova no sistema processual penal brasileiro em “limites probatórios extraprocessuais” e “processuais”, e, conforme o recorte epistemológico da tese, passa-se à análise destes últimos, esmiuçando suas subdivisões, em: (i) “limites lógicos”, ponto em que se analisa a “relevância *lato sensu*” da prova; (ii) “limites epistemológicos”, nos quais se discorre acerca da confiabilidade probatória, e, por fim, (iii) “limites sistêmicos”, momento em que se desenvolve o estudo acerca da inadmissão das provas protelatórias, superabundantes e extemporâneas.

Na sequência, no terceiro capítulo, esta tese apresenta o sistema probatório norte-americano, que será utilizado como paradigma para as proposições apresentadas no capítulo

final. O trabalho, então, após empreender por um breve resumo das principais características do procedimento criminal dos Estados Unidos da América, bem como de seu sistema federalista rígido, salienta a visão do direito à prova defensiva naquele país como decorrência da garantia do *compulsory process* prevista na Sexta Emenda da Constituição Federal norte-americana. Passa-se, então, à análise da positivação de tal garantia através da criação das *Federal Rules of Evidence*, salientando-se as formas de limitação processual da admissão da prova requerida pela defesa previstas na referida lei. Verifica-se, portanto, que, assim como aqui, outros interesses processuais são igualmente considerados quando da afixação dos referidos critérios, sendo estes: a *relevance* – na qual se salienta a possibilidade de se exigir o *offer of proof* às partes –; o *unfair prejudice*; o *undue delay*; a apresentação desnecessária de *cumulative evidence*; bem como a *competency* das provas testemunhais. O estudo de tais requisitos se dá através da investigação de sua interpretação pela doutrina local, em conjunto com a jurisprudência de diversos tribunais norte-americanos, mas, principalmente, dos posicionamentos externados pela Suprema Corte dos EUA, buscando-se salientar a possibilidade de revisão, pelas cortes superiores, dos critérios adotados pelo juízo de primeira instância para a inadmissão da prova defensiva.

Uma vez analisados os sistemas de inadmissão de prova brasileiro e norte-americano, será apontada no quarto capítulo a possibilidade de utilização do conhecimento obtido com a experiência judicial dos EUA para a proposição de uma mudança interpretativa dos critérios de inadmissão de prova defensiva atualmente adotados no Brasil nas ações penais condenatórias. Daqui, através de uma aplicação do princípio da proporcionalidade, em que se revelam as diversas nuances que podem surgir a partir da colisão dos interesses processuais penais envolvidos, passa-se a reinterpretar os limites probatórios processuais lógicos, epistemológicos e sistêmicos. Propõe-se, portanto, a diminuição do espaço de discricionariedade judicial quanto ao tema,²³ em busca de uma maximização do exercício do direito à prova do acusado em nosso sistema, em estrito respeito às garantias da ampla defesa e da verdade processual.²⁴

²³ Como bem alertado por Ferrajoli, a “crise dos princípios de estrita legalidade e de estrita submissão à jurisdição é hoje o tema mais grave e urgente da reflexão jurídico-teórica e jurídico-filosófica sobre o direito penal”, exigindo-se um “projeto de depuração do sistema penal e processual dos espaços de arbítrio potestativo nele historicamente sediamentados” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 440).

²⁴ Porque, como bem assevera Leonardo Greco, “a conceituação da prova como um instrumento de busca da verdade, na luta pelo acesso à tutela jurisdicional efetiva dos direitos, impõe necessariamente uma ampla revisão de todo o sistema normativo probatório, redefinindo a configuração de uma série de institutos cujo conteúdo se consolidou no curso do tempo e que dificulta o acesso à verdade” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 4, p. 6, 2009).

A originalidade da tese transparece pelo recorte do assunto, bem como pela busca dos critérios de solução para o impasse apresentado, na medida em que a problematização das limitações processuais à admissão da prova defensiva nas ações penais condenatórias não vem sendo tratada de forma sistemática e aprofundada pela doutrina pátria, esta sempre muito focada nas hipóteses de inadmissão da prova apresentada pela acusação, mormente através do estudo do indeferimento das provas ilícitas. A utilidade prática da tese revela-se, ainda, na premente necessidade de criação de critérios racionais e uniformes que possam guiar o magistrado quando da aplicação de tais limitações ao caso concreto, ou mesmo, pelos tribunais revisores, quando da análise da decisão de inadmissão da prova do acusado proferida pelos órgãos inferiores. Dessa forma, busca-se afastar a absoluta discricionariedade com a qual o tema vem sendo tratado atualmente por nosso Poder Judiciário.

1 O DIREITO À PROVA DEFENSIVA

1.1 A prova como objeto do exercício do direito da parte na relação jurídico-processual penal

O direito à prova das partes, sem dúvida alguma, é um dos temas mais fascinantes e desafiadores do estudo do direito processual. Todavia, antes de adentrarmos a análise de seu conceito e das suas principais características, tão bem elaborados e desenvolvidos por inúmeros processualistas de renome nacional e internacional, principalmente na seara da processualística civil – e cuja enumeração, ainda que exemplificativa, certamente faria injustiça com aqueles dela ausente –, há de se abordar as peculiaridades do Processo Penal em comparação aos demais ramos do direito processual.

Tal contextualização se mostra extremamente necessária para o desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que será com base nessas premissas teóricas que será analisado o direito à prova defensiva e os possíveis conflitos que se verificarão com outros interesses igualmente tuteláveis pelo Processo Penal.²⁵

Sem a pretensão inglória de fazer deste estudo um tratado de Teoria Geral do Processo, nem tampouco abordar, com a devida profundidade, a pertinência de eventuais críticas acerca de uma inflexível teoria unitária processual,²⁶ cabe ressaltar que,

²⁵ Como visto, o recorte epistemológico do presente trabalho revela-se na análise da restrição indevida ao exercício do direito probatório defensivo nas ações penais condenatórias, através da criação de ilegítimos limites probatórios processuais à admissão da prova requerida pelo acusado. Assim, embora se acredite que o direito à investigação defensiva, na fase pré-processual, componha um dos elementos do direito à prova defensiva que merece a atenção do operador do direito, por suplantarem os limites do estudo, não será objeto desta análise.

²⁶ Verificam-se, de longa data, os enfrentamentos, em Processo Penal, entre aqueles que sustentam a existência de uma teoria unitária, na qual se admite estabelecer uma Teoria Geral de Processo, aplicável a todos os ramos do direito processual, e aqueles que negam tal possibilidade, sustentando a necessidade de se desenvolver uma Teoria Geral do Processo Penal. No início do século passado, Eugenio Florian já se manifestava contrariamente a uma teoria unitária, ao considerar que o eventual triunfo de tal tese, geraria a perda de autonomia do Direito Processual Penal, com uma profunda alteração de suas concepções e estrutura (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Barcelona: Bosch Editorial, 1993, p. 20-3). E até mesmo processualistas cívicos, como Baptista da Silva e Fábio Gomes, já se mostraram contrários à busca de uma teoria processual única, como se pode verificar em suas lições: “Não convencem, entretanto, as razões alinhadas em prol da construção de um conceito unitário, bem como da elaboração de uma teoria geral adequada tanto ao processo civil como ao processo penal. Muitos doutrinadores que defendem tal unidade se contradizem logo de início. [...] Os próprios doutrinadores que defendem a unidade fundamental do processo ressaltam a identidade própria dos respectivos ramos, o que, a rigor, encerra uma contradição; a não ser que entendamos esta unidade em termos extramamente finalísticos, mas, então, cair-se-ia no plano da teoria geral do direito. [...] O direito processual civil, como o direito processual penal, juntamente com todos os demais ramos da ciência jurídica, constituem uma vasta unidade, um conjunto harmônico de normas coordenadas, cuja independência, entretanto, deve ser respeitada”

tradicionalmente, o processo sempre foi visto como uma forma de resolução de conflitos, tendo, assim, como marco de seus estudos iniciais, a conceituação de lide, consubstanciada, na clássica expressão *carneluttiana*, como o “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”.²⁷

Entretanto, fato é que a própria admissão da existência de uma “lide penal” encontra grande resistência no Processo Penal. Enquanto a doutrina clássica sempre sustentou a presença marcante, nas ações penais, de um conflito entre o exercício do direito de punir, de um lado, e o direito de liberdade do jurisdicionado, de outro,²⁸ em tempos recentes se tem vislumbrado a possibilidade concreta de ausência de resistência pelo acusado, quando, por exemplo, o réu confessa a prática do crime e deixa de contraditar aquilo alegado pela acusação, o que desnaturaria o conceito *carneluttiano* de lide.²⁹

(BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 38-40). Embora não se negue que vários institutos processuais, criados e estudados no bojo da Teoria Geral do Processo, devam ser revisitados à luz das especificidades do direito processual penal, parece que a busca por elementos comuns entre os diversos ramos do direito processual apenas engrandece a solidez e a aplicação das instituições jurídicas a eles pertencentes. O mais relevante, de toda forma, é fixar o escopo principal do Processo Penal na proteção das garantias fundamentais do processo, razão pela qual, precisas são as afirmações de Geraldo Prado, ao criticar essa eterna rixa entre “teoria unitária” e “teoria geral do Processo Penal”, como se pode verificar no seguinte trecho: “Neste contexto, e me perdoem pela longa mensagem, defendo a posição de que é preferível ocupar espaços institucionais, em fileiras cerradas em torno de um processo penal que defenda a concretização das garantias da CR e do Pacto de São José da Costa Rica, independentemente de filiações teóricas. No plano interno da doutrina, claro, a reflexão sobre que tipo de juiz, MP e defesa queremos é importante, mas deve ser fruto da noção de que a pauta, relativamente às funções dos sujeitos e do próprio processo, determinará as opções. Uma coisa não exclui a outra. Pode ser significativo que os mais conservadores profissionais do direito sejam, em geral, os mais ardorosos defensores da teoria unitária na atualidade e empreguem como argumento o que o prof. Cruz e Tucci, com precisão inigualável, definiu como uma comum teoria da linguagem processual, algo que é muito diferente de uma teoria (da função) do processo penal. Não necessariamente isso importará em alinhar os filiados a essa corrente em um grupo que se opõe às garantias ou que os defensores da teoria dualista sejam sempre progressistas em seus posicionamentos e ações”. Texto disponível em: <<http://blogcienciaspenais.blogspot.com/2014/03/teoria-unitaria-do-processo-x-teoria.html>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Santiago Sentís Melendo e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Trad.). Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944, v. 1, p. 44.

²⁸ Neste sentido, na doutrina nacional, ver TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 10; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 25-6. Em doutrina estrangeira, ver LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. Napoli: Ed. Jovene, 1961.

²⁹ Neste ponto, Silva Jardim sustenta que: “no processo penal, o réu pode confessar integralmente os fatos que lhe são imputados na denúncia ou queixa e manifestar inequívoco desejo de submeter-se à pena máxima prevista na norma penal incriminadora” (SILVA JARDIM, Afranio. “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 23). Exemplos atuais de tais hipóteses são os acordos de delação premiada, previstos no art. 4 e ss, da Lei n. 12.850/13. Acerca do tema justiça penal consensual, inclusive, em análise do panorama comparado, Nieva Fenoll identifica vulnerabilidades importantes aos direitos do acusado ao silêncio, à não autoincriminação, e à presunção da inocência, bem como à essencial indisponibilidade do processo penal (NIEVA FENOLL, Jordi. **Fundamentos de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Euros, 2012, p. 219 e ss). Ainda sobre a questão, insta salientar que, quanto à nova figura do acordo de não persecução penal previsto na Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, de constitucionalidade duvidosa, não há sequer exercício de pretensão por parte da acusação. Sobre as intensas discussões acerca do instituto, que extrapola os limites do presente trabalho: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**:

E mais, deve-se questionar também se, nas ações penais públicas condenatórias, a real pretensão exercida pelo Ministério Público seria realmente “fazer valer” o *ius puniendi* estatal, ou se teria o órgão acusatório somente interesse na instauração de uma relação processual para que nela se verifique a prática ou não da conduta delitiva previamente investigada.

A lide, portanto, transformar-se-ia de elemento essencial à mera figura accidental,³⁰ passando a configurar, como característica fundamental do Processo Penal, somente a existência de uma pretensão exercida pelo autor, ainda que não contraposta.³¹

Já quanto à natureza jurídica do Processo Penal, não se ignoram as diversas correntes acerca do tema, sustentadas ao longo do tempo, cujo desenvolvimento embrionário se deu através das “visões privatistas do processo”, seja configurando-o como um (i) “contrato judiciário”, teoria inicialmente desenvolvida na Roma antiga³² durante o período das *legis actiones*³³ na qual se vislumbrava que as partes convencionariam a aceitação da futura decisão prolatada por um terceiro-juiz; seja como (ii) “quase-contrato”, teoria cujo mais proeminente defensor foi Guényveau,³⁴ e que, em suma, salientava que, se, de um lado, a existência de obrigações processuais das partes aproximava-o de uma natureza contratual, de outro, a submissão obrigatória do réu ao processo afastava-o de tal figura.³⁵

Entretanto, com a evolução da ciência processual, passou-se a rechaçar a ideia de processo como “coisa das partes”, conferindo a ele um viés publicista. As principais teorias dessa segunda fase passaram a atribuir ao processo a natureza de (i) relação jurídica; (ii) situação jurídica; ou (iii) instituição jurídica.³⁶

comentários à resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³⁰ Conforme sustenta Jaime Guasp, “*lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el juez, que puede ir o no ligada con aquél*” (GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 198, p. 27).

³¹ JARDIM, Afranio Silva, “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p. 24-27.

³² Note-se que, embora tenha se atribuído essa nomenclatura de “contrato judiciário”, como bem asseverado por Alexandre Câmara, esse suposto acordo de vontade entre as partes autora e ré era, em verdade, relativizado, ante a submissão deste último ao processo, ainda que contra seu desejo (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999, v. 1, p. 118). Para mais questões acerca da visão do processo na Roma antiga, ver TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

³³ Período que vai desde a fundação de Roma (754 a.C.) até os fins de seu período republicano.

³⁴ GUÉNYVEAU, Arnault de. **Du quase-contrat judiciaire**. Paris: Poitiers, 1859.

³⁵ Uma das principais críticas a tal teoria seria a de que as supostas obrigações criadas às partes em razão desse “quase-contrato” adviriam da lei, e não da vontade das partes.

³⁶ Há de se fazer menção à concepção de Elio Fazzalari acerca do processo como um procedimento realizado em contraditório, o que o tornaria em uma espécie de procedimento. Segundo o próprio autor: “*Allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enuclear la specie processo*” (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5ª ed. Padova: Cedam, 1989. p. 58). Criticando tal posicionamento, Cândido Dinamarco afirma que: “Apóia-se, Fazzalari,

A primeira, que aponta o processo como uma “relação jurídica”, desenvolvida principalmente por Bülow em 1868 na clássica obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*,³⁷ foi aquela que iniciou a “época construtiva do direito processual”³⁸ e que encontrou maior ressonância junto à doutrina especializada. Para esse autor, o processo consistiria em uma “relação jurídica pública”, que cria direitos e obrigações, recíprocos entre si, para todos os sujeitos que nela intervenham, afastada, portanto, do direito material objeto da pretensão.³⁹

Contrapondo-se a tal posicionamento, Goldschmidt desenvolveu a ideia de processo como “situação jurídica”. Segundo o autor, como a sentença revela-se ato essencial do processo, todos os demais tratar-se-iam de mera expectativa da decisão final. O magistrado, então, prolataria o ato decisório definitivo apenas por dever referente à sua função, não se podendo falar em direitos ou deveres das partes, ou mesmo de relação jurídica processual, sendo certo que os vínculos jurídicos advindos do processo configurariam “situações jurídicas dinâmicas”, traduzidas em meras “expectativas, possibilidades e cargas”.^{40,41}

portanto, na generosa ideia de incluir no conceito de processo o elemento político-constitucional do contraditório. Rejeita-se a sua proposta de excluir a relação processual, pois deixaria aquela rica ideia sem suporte técnico suficiente a explicar a vida real do processo como experiência jurídica (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159, nota 203). Por fim, igualmente não se ignora que, atualmente, há quem sustente o Processo como uma categoria absolutamente autônoma, negando assim a necessidade de se “enquadrar o processo em uma das categorias de direito conhecidas” (JARDIM, Afranio Silva, “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p. 33). Em defesa desta última concepção, em doutrina estrangeira, ver MONTERO AROCA, Juan. **Em torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional**. Estudios de derecho procesal. Barcelona: Bosch, 1981, p. 36; em doutrina nacional, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 125.

³⁷ BÜLOW, Oscar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Miguel Angel Rosas Lichtschein (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. A versão original, intitulada **Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**, foi publicada em 1868.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 1, prólogo, p. XX.

³⁹ Segundo Bülow, “*El derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. [...] Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también, a las partes se las toma en cuenta únicamente con el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación pública*” (BÜLOW, Oscar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**, p. 1-2).

⁴⁰ “[...] *las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente ‘relaciones jurídicas’ (condición ‘estática’ del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino ‘situaciones jurídicas’ (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ya de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades, cargas*” (GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Leonardo Prieto Castro [Trad.]. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Labor, 1936, p. 8).

⁴¹ Sobre tal teoria, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que toda essa constante incerteza (uma das principais características da teoria de Goldschmidt) se referiria não ao processo propriamente dito, mas sim ao direito

Por fim, a teoria acerca do processo como instituição jurídica foi desenvolvida, e defendida, principalmente por Guasp. Para esse autor espanhol, um instituto jurídico traduz-se em uma ideia objetiva e comum aderida pela vontade de particulares. Desta forma, o processo se enquadraria em tal classificação, uma vez que apresentaria sempre a satisfação de uma exigência (ideia objetiva e comum), à qual se uniriam as manifestações e vontades das partes.⁴²

Em que pese a evidente autoridade que advém da doutrina de todos os supramencionados autores, o presente estudo acompanha o posicionamento majoritário de que o processo traduz uma “relação jurídica”, dentro da qual são criados liames que unem o juiz e as partes, sendo certo que autor e réu são titulares de situações jurídicas regidas por deveres ou direitos legalmente estabelecidos.⁴³

Obviamente que, no curso do processo, diversas outras microrrelações⁴⁴ são criadas entre os sujeitos envolvidos naquele determinado ato processual (v.g., o despacho determinando a citação cria uma relação jurídica entre o juiz e o citado), porém, todas derivadas da uma “relação jurídico-processual mãe”,⁴⁵ traduzida no trinômio autor-juiz-réu.

Embora parte da doutrina aponte que o referido trinômio seria construído de forma angular, isto é, com a existência de vínculos de obrigações e direitos somente entre as partes e o Estado, nunca reciprocamente entre si,⁴⁶ sustenta-se aqui que não se pode afastar a existência de direitos e, principalmente, deveres, entre autor e réu, traduzindo-se numa visão processual moderna que considera a cooperação entre todos os sujeitos processuais um dos

subjetivo material nele pleiteado (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302).

⁴² GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, v. 1, p. 21-2.

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 302-3.

⁴⁴ Afirmando ser a relação jurídico-processual complexa, ver MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 357; TORNAGHI, Helio. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 61. Fazendo menção ainda à existência de microrrelações processuais, ver JARDIM, Afranio Silva, “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p. 57; SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14.

⁴⁵ Sobre a questão, Fredie Didier Jr. afirma que, “Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus, etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma dizer que o processo é uma relação jurídica complexa. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse viés, um conjunto (feixe) de relações jurídicas” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 32-3).

⁴⁶ Neste sentido, Tornaghi afirma que, “Repensando o assunto, pareceu-me que a intervenção do Estado entre os litigantes se faz exatamente para separá-los e, portanto, a relação processual é angular, não havendo nela qualquer vínculo entre autor e réu. Esta posição me parece correta. O que dá à relação processual a aparência de triangular são os possíveis direitos potestativos de cada uma das partes em relação à outra” (TORNAGHI, Helio. **A relação processual penal**, p. 47). Sobre a questão, ver Pontes de Miranda, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. XXI-XXII.

pilares da construção de um processo justo.^{47,48} A relação processual, portanto, deve se constituir de forma triangular.⁴⁹

Dessa forma, não há dúvidas de que eventuais restrições e limitações que possam ser legitimamente impostas aos direitos exercidos pelas partes considerarão, além de outros interesses, o dever de lealdade processual das partes, a estas exigido reciprocamente,⁵⁰ autorizando-se, assim, por exemplo, o indeferimento de pedidos probatórios claramente procrastinatórios, cujo único fim é gerar a demora desarrazoada do processo, podendo vir a atingir a pretensão da contraparte.

Admitindo-se, portanto, a existência de direitos processuais advindos da relação jurídica formada pelo processo, limita-se o presente estudo à forma de exercício de apenas uma dessa miríade de direitos que compõem o macrocosmo da relação processual, qual seja, do direito à prova, que aqui se analisará sob o ponto de vista defensivo.

1.2 Os escopos do Processo Penal como premissa lógico-interpretativa

Antes que se possa proceder a uma análise das limitações impostas ao direito à admissão da prova da defesa em todo o *iter* procedimental penal, há de se estabelecer, como

⁴⁷ Adota-se aqui o conceito de “processo justo”, também conhecido como *giusto processo* ou *fair trial*, como o conjunto das garantias fundamentais do processo que propiciam a prolação de uma decisão justa. Neste sentido Greco, afirma que: “Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações ‘devido processo legal’, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou ‘processo justo’, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do recém-reformado artigo 111 da Constituição italiana. Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna” (GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly [Orgs.]. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 370).

⁴⁸ Importante a advertência de Tourinho de que: “[...] o simples dever de lealdade recíproca (entre autor e réu) já demonstra um certo ligame entre os contendores” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 4). Na doutrina estrangeira, apontando ao princípio da lealdade processual como aplicável ao processo penal, ver MASSARI, Eduardo. **Il processo penale nella nuova legislazione italiana**. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934, p. 96; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador**. Os princípios de processo penal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 143-4.

⁴⁹ Adjetivando a relação processual de triangular, ver TUCCI, Rogério Lauria. “Jurisicção, ação e processo civil”. **Revista de Processo**, n. 52, outubro-dezembro 1988. p. 28; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 356; TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo Penal**, p. 5.

⁵⁰ “É impossível confundir habilidade e arte com descuido e má-fé. No processo penal, reclama-se do acusador e do defensor probidade e lealdade. Espera-se que observem conduta ética” (MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 246).

premissa lógico-interpretativa os verdadeiros escopos do Processo Penal, o que exige considerações acerca de sua possível função instrumental, bem como dos valores por ele protegidos.⁵¹

Neste diapasão, quais seriam os fins do sistema processual penal em um Estado Democrático de Direito? Será que as normas processuais penais visariam única e exclusivamente a aplicação do Direito Penal,⁵² isto é, constituir-se-iam de meros instrumentos de segurança pública? Ou será que o Processo Penal deve apresentar como escopo primordial o respeito às garantias fundamentais do processo,⁵³ como elementos necessários que são à proteção do status de liberdade do acusado?

De antemão, deve-se advertir que aqui será absolutamente rechaçada a adoção de um modelo de Processo Penal escorado na ideia de que suas normas – e seu sistema – apresentariam como principal fim a pacificação social. Infelizmente, não raro se vê, na praxe forense, as normas processuais penais sendo aplicadas com tal objetivo, às vezes de forma

⁵¹ Sobre o tema, Dinamarco, em sua obra clássica *A Instrumentalidade do Processo*, leciona que: “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 177).

⁵² Nesse sentido, na Itália, Vannini afirma que: “*Il diritto penale processuale pressuppone il diritto penale sostantivo, ossia quell'insieme di norme che regolano la nascita, la modificazione, l'estensione della pretesa punitiva statale; di fronte al diritto sostanziale presenta, dunque, natura accessoria*” (VANNINI, Ottorino. **Diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1941, p. 3).

⁵³ Greco, utilizando classificação proposta por Comoglio em obra coletiva, divide as garantias processuais em individuais – isto é, que se referem à proteção de direitos ou interesses das partes –, e estruturais – que fazem referência às condições prévias de que se deve revestir a organização judiciária. As individuais se subdividiriam em: a) acesso amplo à justiça por todos os cidadãos; b) imparcialidade do juiz; c) ampla defesa; d) direitos do pobre e) juiz natural; f) inércia; g) contraditório; h) oralidade; i) coisa julgada; j) renúncia à tutela jurisdicional. Já as estruturais, por sua vez, consistiriam em: a) impessoalidade da jurisdição; b) permanência da jurisdição; c) independência dos juízes; d) motivação das decisões; e) igualdade concreta; f) inexistência de obstáculos ilegítimos; g) efetividade qualitativa; h) procedimento legal, flexível e previsível; i) publicidade; j) legalidade estrita no exercício do poder de coerção; l) prazo razoável; m) duplo grau de jurisdição; n) respeito à dignidade humana. Realça ainda Greco que, especificamente quanto ao Processo Penal, “também se aplicam as mesmas garantias fundamentais do Processo Civil, especialmente enquanto não estão em jogo a liberdade ou outro direito da personalidade. Todavia, quando está em risco a liberdade de locomoção ou outro direito fundamental indisponível, a relevância desse direito, a presunção de inocência e a investigação preliminar através de um procedimento administrativo, o inquérito policial, impõem a observância de algumas outras regras mínimas de garantia do contraditório participativo, da imparcialidade do juiz e de respeito à dignidade humana do acusado”. Assim, além de todas as garantias supramencionadas, em complementação, ainda se somam às garantias fundamentais do processo penal: a) o direito de ser informado do curso da investigação e do conteúdo da imputação; b) o direito à autodefesa; c) o direito a um defensor; d) o contraditório na investigação preliminar; e) a proibição de autoincriminação; f) a identificação e inquirição das testemunhas; g) o princípio acusatório; h) condições para o exercício da defesa; i) o controle judicial de medidas restritivas; j) ônus probatório da acusação; l) o duplo grau de jurisdição; m) a proibição de provas ilícitas; n) os direitos da vítima (GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 369-406).

escancarada, através da decretação reiterada de prisões preventivas sem qualquer natureza cautelar, enquanto outras escamoteadamente, com a mitigação dos direitos do acusado em prol de uma suposta maior eficiência do sistema penal.

Não se ignora aqui o respeitável posicionamento de Cândido R. Dinamarco, quando este, ao dividir em três (sociais, políticos e jurídicos)⁵⁴ os escopos da jurisdição, atingidos por meio do processo, afirma que, dentre os fins sociais, estaria o da “pacificação social”. Nas palavras desse renomado autor:

[...] a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade.⁵⁵

Tal posicionamento sustenta-se, sem embargos, quando relacionado diretamente ao Direito Processual Civil. Todavia, ele cria no Processo Penal, quando mal-interpretado, inevitável ligação a uma função supostamente primordial da jurisdição criminal de efetivação de políticas públicas de segurança, através da aplicação da lei penal.⁵⁶

Entretanto, a busca incessante da pacificação social por meio do Processo Penal acaba por se revelar um perigoso mito, que, como sempre, pode seduzir em uma rápida abordagem

⁵⁴ Segundo o autor: “A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)” (DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do processo**, p. 374).

⁵⁵ *Ibid*, p. 193.

⁵⁶ Sustentando a impossibilidade de se aplicar a ideia da instrumentalidade do processo, típica do Processo Civil, no processo penal, Furgiele diz que: “*Siffatta opera di mutuaione, però, non sembra corretta ove si presti attenzione alla diversa natura delle situazioni giuridiche soggettive disciplinate rispettivamente nel diritto civile ed in quello penale. Con riguardo al primo, infatti, è possibile parlare di strumentalità del diritto processuale rispetto a quello sostanziale, perché qui si dibattono interessi e diritti disponibili. Le parti, cioè, possono risolvere la controversia trovando un accordo e ricorrere, invece, al giudice solamente se quell'accordo non è stato raggiunto. Insomma, l'attuazione del diritto mediante il processo è solo eventuale, potendo le parti rinunciare all'intervento giurisdizionale. Tutto questo, non è invece possibile nel processo penale, ove i diritti sono indisponibili: da un lato vi è l'interesse dello Stato alla punizione del colpevole; dall'altro, il diritto alla libertà personale dell'imputato*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale**. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 2). Ainda acerca da autonomia entre o Processo Penal e o direito substancial, Leone afirma que: “*la peculiare essenzialità del processo penale nella funzione punitiva, non può sopprimere l'autonomia della scienza del processo penale, la quale trae la sua ragione non tanto dall'esistenza, nel quadro della nostra legislazione, di un codice processuale penale, quanto dalla considerazione che i principi regolatori del processo penale non hanno alcun punto di contatto con i principi che disciplinano la definizione del reato, la struttura, la pena e gli istituti connessi. Il processo obbedisce ad esigenze proprie ed a canoni particolari, sui quali la contemplazione del rapporto sostanziale non esercita essenziale influenza*” (LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. Napoli: Ed. Jovene, 1961, p. 10).

inicial – principalmente aqueles externos ao mundo jurídico, facilmente influenciados pela opinião pública –, mas aproxima o sistema penal de modelos arcaicos e autoritários, que há muito já deveriam ter sido abandonados.

Não se pode admitir que se tenha atualmente uma visão do Direito Processual Penal consentânea com aquela verificada quando da edição de nosso vetusto Código de Processo Penal (1941), instrumento este claramente inspirado no autoritário *Codice Rocco* (1930) da Itália fascista de Mussolini.^{57,58}

Vê-se, portanto, que a visão de Processo Penal como instrumento de defesa social⁵⁹ é típica dos momentos mais obscuros da história, quando as garantias individuais não passavam de meros entraves à execução da punição pelo Estado.

O Ministério Público, e, principalmente, o juiz criminal, não são órgãos da segurança pública – diferentemente das autoridades policiais –, não podendo, portanto, adotar o posicionamento de “combate a criminosos” através da efetivação de um Processo Penal “punitivista”, voltado exclusivamente para a prevalência de interesses sociais sobre aqueles titularizados pelo imputado.⁶⁰ Isso porque, nem mesmo na prática já se verificou qualquer

⁵⁷ Acerca da inspiração de nosso Código de Processo Penal, Marco Aurélio Silveira afirma que: “A comissão nomeada por Francisco Campos era constituída por importantes juristas daquele período: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz. O resultado foi um código que representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretense pensamento ‘popular-democrático’. A base foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça. Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, principalmente, a missão de redigir o *codice di procedura penale*, que só fez agravar a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica ‘mista’ naopoleônica” (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. “A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro”. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 270, jan-fev. 2015).

⁵⁸ A *Exposição de Motivos* de nosso Código de Processo Penal, abordando o escopo do Processo Penal à época, traduzia claramente seu ideal autoritário. Senão, ver o seguinte trecho: “II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. Para uma interessante abordagem sobre a origem autoritária de nossa legislação processual penal, vista sob o prisma da influência que recebeu de Francisco Campos, Ministro da Justiça do Estado Novo e responsável pela elaboração do Código de Processo Penal, ver MALAN, Diogo Rudge. “Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941)”. In: _____; SULLOCK, Victoria-Amália; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Autoritarismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁵⁹ Como bem ressaltado por Ferrajoli: “[...] cada vez que um juiz é movido por sentimento de vingança, de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 269). Neste mesmo sentido, o autor afirma que as ideias de prevenção geral e defesa social seriam “tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, [...] orientadas ao objetivo da máxima segurança possível” (Ibid., p. 29).

⁶⁰ Não se ignora aqui a diversidade de sentido que se tem dado ao conceito de imputado. No sistema italiano, por exemplo, a qualidade de imputado (*imputato*) apenas é atribuída, em regra, após o encerramento da fase

efeito positivo, em prol da diminuição da criminalidade, com a maior adoção, no curso da persecução penal, de medidas restritivas aos direitos do acusado (v.g., com a ampliação da aplicação de medidas cautelares pessoais, de métodos invasivos de produção probatória etc.). Muito pelo contrário: dados empíricos demonstram que a ameaça do processo penal “pouco influencia a disposição para o comportamento delituoso”.⁶¹

Embora seja difícil se verificar em obras jurídicas uma defesa escancarada da visão de Processo Penal como instrumento de pacificação social, fato é que se encontra facilmente a aceitação explícita da utilização de termos altamente indeterminados e autoritários, como “garantia da ordem pública”, “reiteração delitiva”, “credibilidade do Poder Judiciário” etc. que, em verdade, fundamentam apenas o recrudescimento da aplicação das normas processuais penais em desfavor do acusado, mitigando-se, muitas vezes, a adoção de importantes garantias processuais sem a necessária ponderação de interesses que envolvem o caso concreto.

Sustenta-se aqui, portanto, a ideia de que o Processo Penal, em um Estado Democrático de Direito, atua como meio inafastável para a garantia dos direitos do acusado.⁶² O Processo Penal, assim, serve primordialmente ao inocente, constituindo-se como o “código de garantia para os honestos”,⁶³ sendo este o prisma através do qual serão analisadas as

preliminar, com o exercício da ação penal ou, como exceção, quando determinada medida cautelar em desfavor do investigado. Neste sentido, Tonini afirma que: “*L’art. 60, comma 1 precisa in dettaglio il momento dell’acquisto e della perdita della qualità di imputato. Come abbiamo visto, nel procedimento ordinario l’assunzione di tale qualifica avviene con la richiesta di rinvio a giudizio*” (TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 14ª ed. Milano: Giuffrè, 2013, p. 131). O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, por exemplo, em seu art. 6º, estabelece como imputada a “pessoa a quem se atribui a prática de um fato punível, desde o primeiro ato do procedimento dirigido contra sua pessoa até sua finalização”, sendo certo que o referido primeiro ato seria “qualquer indicação que assinala uma pessoa como possível autora de um fato punível ou participe dele, diante de alguma das autoridades da persecução penal que o Código estabelece”. Na fase de julgamento, já ganharia a nomenclatura de acusado (art. 31). Todavia, como o presente trabalho visa a análise das limitações probatórias no curso da marcha processual, sempre que mencionado “imputado”, estaremos nos referindo à chamada “imputação em sentido estrito”, ou seja, aquela constante na denúncia, como sinônimo de denunciado. Sobre as questões e discussões acerca da palavra “imputado”, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 103-6.

⁶¹ Conforme apontado por Albrecht (ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso [Trads.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87).

⁶² Isso porque, como bem ressaltado por Norberto Bobbio, os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. Ainda segundo esse autor: “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho [Trad.]. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 1-5).

⁶³ Neste sentido, de acordo com Ferri: “*il codice di procedura penale è il codice di garanzia per gli onesti, che sono sottoposti a processo e che non sono stati ancora riconosciuti birbanti*” (FERRI, Enrico. **Discorsi parlamentari sul nuovo codice penale**. Napoli, 1889, p. 7). Igualmente, Romagnosi afirmou que “*la procedura*

limitações processuais ao direito à admissão da prova defensiva.⁶⁴

Portanto, não se pode estabelecer que o fim da norma processual penal seja exatamente o mesmo da norma de direito material penal,⁶⁵ embora não se negue o caráter instrumental da primeira.⁶⁶ Como bem salientam Dalia e Ferraioli, as normas de Direito Penal têm como meta principal a afirmação do crime e a cominação das penas a ele impostas, enquanto os dispositivos atinentes ao direito processual penal, necessários, sem dúvida, para a apuração do delito e aplicação do direito material, servem primordialmente à efetivação das normas de garantia do indivíduo, enquanto legitimadoras do ato jurisdicional.⁶⁷

Não se pode perder de vista, ainda, que o necessário respeito às garantias individuais não reflete um embate simplório entre interesses individualmente considerados dos acusados *versus* interesse coletivos, uma vez que a efetiva proteção dos direitos do réu, em última instância, também reflete um interesse social e público no Estado Democrático de direito.⁶⁸

Certo é que as garantias fundamentais do Processo Penal, previstas na Constituição Federal, ligadas ao acusado, dentre as quais, como se verá, inclui-se a ampla defesa,

è fatta primieramente per la sicurezza della gente onesta” (ROMAGNOSI, Gian Domenico. “Se la pubblicità dei giudizi criminali covenga alla monarchia”. In: **Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico**. Milano: G. Silvestri, 1837, p. 798).

⁶⁴ Como assenta Augusto Jobim do Amaral, o Processo Penal “não é mero meio para se atingir uma sentença condenatória, mas um pressuposto sem o qual não pode haver uma condenação justa, senão por intermédio da proteção dos direitos e garantias fundamentais” (AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 200, p. 155). Para a crítica do mesmo autor acerca da visão inquisitiva em matéria probatória, ver AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Ed. Almedina, 2014. Sobre essa questão, Aداuto Suannes também afirma que: “[...] há que se reconhecer que a finalidade do processo penal é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade, e a manutenção do seu estado de inocência até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercar-se aquela liberdade, seja pela ocorrência do fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz, que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria” (SUANNES, Aداuto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 163).

⁶⁵ Concordamos com Bargi quando este afirma que: “*l’applicazione del diritto sostanziale – o meglio, la pretesa punizione del colpevole – è la conseguenza ultima, ma non lo scopo del processo che è, invece, strumento di garanzia della giusta decisione e non strumento di controllo o di contrasto della criminalità*” (BARGI, Alfredo. “Cultura del processo e concezione della prova”. In: GATTO, Alfredo. **La prova penale: Il sistema della prova**. Torino: UTET, 2008, v. 1, p. 19 e ss, p. 23)

⁶⁶ Como bem afirma Furgieuele, o processo penal apresenta basicamente duas funções: “*quella di accertamento giurisdizionale dei fatti costituenti reato per i quali sia stata esercitata l’azione penale e quella di tutela dell’imputato, presunto innocente*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 3).

⁶⁷ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 28-31.

⁶⁸ Neste sentido, Furgieuele diz que: “*Ed invero, l’interesse dello Stato alla punizione del colpevole si tempera e si accompagna a quello di garantire il rispetto di tutti i diritti inviolabili del cittadino imputato, così realizzandosi, in via indiretta, l’obiettivo di assicurare la generale tutela dell’interesse della collettività alla salvaguardia della democrazia*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 3).

funcionam como verdadeiros freios às arbitrariedades estatais.⁶⁹ Dessa forma, as normas processuais penais revelam-se extremamente importantes à correta aplicação, no caso concreto, do Direito Penal, na medida em que se apresentam como verdadeiros complementos às garantias penais do acusado (v.g., legalidade, anterioridade, subsidiariedade etc.). Sem aquelas, estas restariam enfraquecidas.⁷⁰

Ante todo o exposto, para efeito de premissa teórica do presente trabalho, entende-se o Processo Penal como uma espécie de “Direito Constitucional aplicado”,⁷¹ devendo ser analisadas na fase processual as hipóteses legais de limitação ao direito à admissão da prova defensiva à luz das garantias fundamentais do processo constitucionalmente previstas.

1.3 A ampla defesa em Processo Penal: para além de um mero contraponto ao exercício do direito de ação

Conforme já manifestado por Carulli, ao citar Glaser e Birkmeyer, a história do Processo Penal se confunde com a história do exercício de defesa pelo acusado.⁷² E, exatamente porque o fenômeno da “reação defensiva” se revela tão importante, a

⁶⁹ Nesse sentido, Calmon de Passos já afirmava que o “devido processo constitucional jurisdicional, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir” (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68). Helio Tornaghi igualmente salientava a função do Processo Penal como instrumento do cidadão contra as arbitrariedades estatais afirmando que “a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”, servindo para proteger “os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes” (TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, t. 1, p. 15). E, em sentido similar, Marques afirma que “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 37).

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 102.

⁷¹ Concordamos com o posicionamento de Paulo Rangel, quando este afirma que a visão do Processo Penal como mero aplicador do Direito Penal “diminui o papel verdadeiro que a ciência do processo penal desempenha em um Estado Democrático de Direito, isto é, a de um Direito Constitucional aplicado. É o sistema de regras e princípios constitucionais que estabelece um limite no atuar punitivo estatal, permitindo que o indivíduo tenha um devido processo legal justo” (RANGEL, Paulo. “O Processo Penal como instrumento de garantia: o juiz político”. **Revista Justiça & Cidadania**, n. 146. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>>. Acesso em: 20 jan. 2018).

⁷² CARULLI, Nicola. **Il diritto di difesa dell'imputato**. Napoli: Jovene, 1967, p. 3.

processualística penal moderna passou a incluir o elemento defesa⁷³ na trilogia estrutural clássica do estudo do Direito Processual – formada por ação, jurisdição e processo.

Não há dúvida nenhuma, portanto, de que o conteúdo, a forma e os meios de defesa que se encontram à disposição do acusado em determinado Estado se mostram extremamente relevantes. Eles compõem o ponto crucial de todo o desenvolvimento do Processo Penal,⁷⁴ principalmente desde o amadurecimento das garantias individuais,⁷⁵ sob o crivo do constitucionalismo, a partir do início do século XVIII.⁷⁶ Não é à toa, inclusive, que todas as Constituições brasileiras, ainda aquelas promulgadas no curso de regimes autoritários, previram expressamente garantias à defesa do acusado, umas em maior e outras em menor extensão.⁷⁷

Como bem ressaltado por Luigi Ferrajoli ao sustentar a sua tese garantista⁷⁸ a regra *nulla probatio sine defensione* é um dos pilares do sistema de garantia aos direitos do cidadão.

⁷³ FERNANDES, Antonio Scaranc. **Reação defensiva à imputação**, p. 23; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 111.

⁷⁴ Como bem ressaltado por Carulli, a amplitude do direito de defesa em determinado ordenamento traduz as concepções filosóficas, sociais, e políticas do Estado em que é inserido: “*Segretezza, oralità, pubblicità, esclusione o ammissione immediata o differita del contraddittorio, nel riflettere indubbiamente le diverse concezioni filosofiche, sociali e politiche cui i legislatori si sono ispirati nella costruzione del processo penale, sono tutti temi che in sostanza si identificano o convergono nel problema del modo di porsi dell’individuo nei confronti dello Stato o, in altri termini, nelle posizioni in cui termini autorità e libertà-difesa vengono a trovarsi nell’ordinamento statuale e, in special modo, in quello processuale [...] Proprio alla rilevanza (maggiore o minore) di tale diritto si ispirano, come abbiamo già accennato, le applicazioni dei vari sistemi processuali (accusatori, inquisitori e misti): la segretezza o meno di alcune fasi processuali, l’ammissibilità (o non) dell’intervento dell’imputato ad alcuni atti, dimostrano chiaramente la riconducibilità dello sviluppo storico del processo sotto l’angolo visuale della difesa. Eppure non mancano altri profili, pur essi degni di grande interesse, come quello dell’accusa e quello del giudice*” (CARULLI, Nicola, **Il diritto di difesa dell’imputato**, p. 4 e 6).

⁷⁵ Sobre uma análise histórica da evolução do direito de defesa, ver FERNANDES, Antonio Scaranc. **Reação defensiva à imputação**, p. 48 e ss.

⁷⁶ Nesse sentido, Maier afirma que “*Se advierte también con razón que estos principios limitativos del poder penal del Estado sólo aparecen con ese significado general en la Edad Moderna, a partir de las ideas que triunfaron en el siglo XVIII, este es, con el nacimiento del constitucionalismo. Si bien existen reglas similares o idénticas en su formulación antes del constitucionalismo moderno, por ejemplo, en los fueros españoles, en la Carta Magna inglesa de 1215, y hasta en el Derecho romano, su significado, aun cuando precursor, es bien distinto: persiste en el fondo de esos estatutos la idea del privilegio y no la de igualdad, la de particularización y no la de generalización, en fin, no se reconoce en ellos un atributo o seguridad que merece la persona humana como tal, sino una prerrogativa de la que algunos, cierto sector o cierta población, gozan por autolimitación del soberano*” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Parte general. Sujetos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, t. 2, p. 237).

⁷⁷ Dispositivos similares ao previsto em nossa atual Constituição Federal eram previstos na redação de nossas Cartas anteriores. Nesse sentido, a Constituição de 1891 previa, em seu art. 72, § 16, que “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela [...]”. A Carta Magna de 1934, em seu art. 113, n. 25, estabelecia que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”. A Constituição do Estado Novo, de 1937, determinava, em seu art. 122, n. 11, que “[...] a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. Por fim, a Carta de 1946, no art. 141, § 25, determinava ser “assegurada aos acusados plena defesa”, havendo disposições similares no art. 150, §§ 15 e 16, da Constituição de 1967, e no art. 153, §§ 15 e 16, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

⁷⁸ O sistema garantista (SG) do mestre italiano será melhor analisado na Seção II.1.

Dessa forma, o *principio della difesa* deve ser considerado como um verdadeiro axioma do direito processual penal.⁷⁹

Essa é a razão pela qual, principalmente após a catástrofe nazi-fascista verificada durante a Segunda Guerra Mundial, em que direitos fundamentais eram simplesmente ignorados pelos governos autoritários da época, instrumentos internacionais sobre direitos humanos passaram a prever expressamente em seu texto dispositivos que garantissem o exercício da defesa pelo imputado. Nesse sentido, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) determina em seu art. 11.1 que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Contudo, em que pese a evidente proeminência dos direitos do acusado no Processo Penal, não se ignora aqui que há quem defenda que o exercício de defesa, para o direito processual, configuraria uma mera resistência à pretensão deduzida em juízo pelo autor da ação,⁸⁰ uma vez que, enquanto o autor “pede”, o “réu simplesmente impede (resiste)”.⁸¹

Há até mesmo quem sustente que o direito de se defender seria “direito fundamental de ambas as partes”,⁸² já que ligado direta e intimamente ao próprio exercício do contraditório.⁸³ A isonomia entre as partes exigiria, assim, que os litigantes fossem tratados em igualdade de chances para a obtenção de um provimento jurisdicional que lhes seja favorável, refletindo-se, portanto, na necessária paridade e equivalência entre o direito de ação e de defesa.⁸⁴

Não se nega aqui a relação quase visceral entre a atividade defensiva e o contraditório, uma vez que, o direito de defesa, em verdade, traduz-se em duas vertentes: uma ligada exatamente à possibilidade de diálogo, refletindo o contraditório, e outra relacionada à

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 74-5.

⁸⁰ Em citação a Birkmeyer, Carulli afirma que “*la difesa, in generale, va concepita come ‘repulsione di un attacco’*” (CARULLI, Nicola. **Il diritto di difesa dell’imputato**, p. 8). No mesmo sentido, apontando a defesa como uma “espécie de réplica da ação” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 120).

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 292.

⁸² MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

⁸³ Didier Jr. chega, inclusive, a assentar que “a ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, p. 86). A afirmação da ligação entre defesa e contraditório também se verifica por muitos na doutrina estrangeira: COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970, p. 141.

⁸⁴ Nesse sentido, ver TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 674-9; Luigi Paolo Comoglio, **La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile**, p. 215-7.

possibilidade de iniciativa dos atos processuais, ou seja, à busca pela realização de condutas proativas pelo réu, visando combater as teses apresentadas pelo autor.⁸⁵

Entende-se, todavia, que, no Processo Penal, o direito do réu de se defender não deve ser visto como uma mera ação dialética frente à atuação do acusador,⁸⁶ revelando-se um *plus* frente ao exercício do direito de ação pelo titular da ação penal.⁸⁷ O conjunto dos “direitos e privilégios exclusivos do acusado”,⁸⁸ que pode, em uma interpretação açodada, transparecer um desequilíbrio entre as partes em Processo Penal, em verdade, acaba por requilibrá-las.⁸⁹

Isso porque, “somente com a defesa verdadeiramente ampla, a função jurisdicional se realiza corretamente”.⁹⁰ Obviamente que dizê-la “ampla”, como previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ou “plena”, como constitucionalmente previsto para as hipóteses do Tribunal do Júri,⁹¹ não é o mesmo que tachá-la de absoluta ou ilimitada,⁹² mas, sim, exigir se conceder “amplitude e plenitude” à defesa, denotando claramente que não se trata de um mero exercício regular, padrão, dos direitos processuais pelo acusado, como, por exemplo, deve ser verificado pelo acusador.

Tal exigência constitucional se justifica em razão do notório desequilíbrio real, nas

⁸⁵ Sobre a questão, Pimenta afirma que “o direito de defesa apresenta duas vertentes: uma diz respeito à possibilidade de diálogo, estabelecendo o contraditório; outra tem a ver com o poder de iniciativa dos actos processuais” (PIMENTA, José da. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, s/d., p. 203). Essa é a razão pela qual Fernandes afirma que “o contraditório é instrumento ou meio essencial para a reação defensiva” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 27).

⁸⁶ Alexander Araújo de Souza sustenta essa relação dialética simples no Processo Penal, tal qual no Processo Civil (SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 114-5). Em sentido similar, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que “o autor é quem pede; o réu simplesmente impede (resiste)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 292).

⁸⁷ Não se ignora aqui corrente doutrinária que nega veementemente a existência de um direito subjetivo de ação em Processo Penal. Neste sentido, Lopes Jr. sustenta que a “ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, seção 3.3).

⁸⁸ Como, por exemplo, a possibilidade de ele exclusivamente interpor embargos infringentes ou de nulidade (CPP, art. 609, parágrafo único), ou mesmo o princípio da vedação da *reformatio in pejus* (CPP, art. 617), que apenas o beneficia em Processo Penal, e não a parte acusadora.

⁸⁹ Como bem ressaltado por Peter Westen, no sistema norte-americano “[...] *the compulsory process (in conjunction with the other procedural protections of the sixth amendment) implicitly assumes that a minimum balance of advantage will be maintained between the prosecution and the defense, consistent with the essential adversary process*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”. **Michigan Law Review**, n. 73, p. 180, 1974).

⁹⁰ JARDIM, Afranio Silva. “O direito de defesa no processo penal e a renúncia ao recurso”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 7, p. 40, jan.-jun. 1998.

⁹¹ Conforme art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal.

⁹² “Porém, em quaisquer dos sentidos que se pretenda utilizar as expressões “ampla” e “plena”, para designar o direito de defesa, não se pode qualificá-lo como absoluto e irrestrito, pois seu exercício deve encontrar lindes em outros valores e garantias igualmente relevantes, com os quais deve compatibilizar-se e conviver harmoniosamente” (SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 120).

ações penais condenatórias, entre o autor, que, em regra, será um ente público⁹³ dotado de todo o gigantismo estatal, e o réu, pessoa física,⁹⁴ não se podendo exigir, portanto, somente o respeito a uma simples isonomia formal entre ambas as partes.⁹⁵ Sendo assim, direitos exclusivos, ou mesmo extensões maiores de direitos processuais, devem ser garantidos ao acusado com o fim de reequilibrar tal relação jurídica já naturalmente desequilibrada.⁹⁶

Além disso, na prática, o único ente da relação processual penal que poderá ser pessoalmente afetado de forma mais relevante pelo resultado final do processo é o acusado, acabando, assim, por polarizar toda a aflição que envolve a ação penal condenatória proposta.⁹⁷

Nas ações penais públicas, nas quais o Ministério Público se revela como o encarregado da persecução penal, a improcedência de seu pedido não trará qualquer consequência prática à vida particular de seu representante, quiçá nem mesmo profissional, circunstância essa certamente não evidenciada quando se trata do acusado, cuja condenação, ainda que na menor sanção possível, poderá interferir no livre exercício dos seus direitos de locomoção e liberdade.

Note-se que, ainda nas ações penais privadas, nas quais a vítima figura como autora,

⁹³ A exceção evidentemente será a hipótese de ação penal privada. Mas, também nesse caso, exigem-se maiores direitos ao acusado, por ser o único da relação processual que efetivamente poderá ter seu bem maior (liberdade) atingido com a prolação da sentença condenatória. Ademais, nessas hipóteses, o querelante pleiteia em nome próprio o direito estatal de aplicação de exercer o poder de punir.

⁹⁴ A exceção constitucional é a criticável possibilidade de se submeter a pessoa jurídica ao banco dos réus no Processo Penal em hipóteses de crimes ambientais, conforme art. 225, § 3 da CRFB.

⁹⁵ Sobre a igualdade concreta, como garantia fundamental do processo, Greco afirma que: “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses” (GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 396).

⁹⁶ Em sentido contrário, especificamente quanto à ideia de paridade de armas na colheita da prova, Renato Stanzola afirma que “não há motivo jurídico para se privilegiar o pedido provindo de uma parte em detrimento daquele provindo da oponente. Ambas, defesa e acusação, completam-se no exercício do mesmo direito, embora em polos contrapostos: o direito de ação. [...] Não há, no processo penal, melhor ou pior, nem quem defenda interesse mais ou menos digno de atenção do magistrado. O que existem são interesses contrapostos que merecem a mesma atenção e, por isso mesmo, dispensam sempre a mesma consideração do julgador. Em não se observando isso, haverá situação desvantajosa a um dos lados, ferindo-se, assim, a paridade de armas” (VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 288).

⁹⁷ “*Nel contesto autoritario della giusitizia penale, che resta largamente immutato, l'accusato – il quale há tutto da perdere e poco da guadagnare – si trova necessariamente in una posizione deteriore in rapporto ai soggetti istituzionali, il cui ruolo sociale li situa, altrettanto necessariamente, in una posizione elevata*” (CHIAVARIO, Mario; DELMAS-MARTY, Mireille et altri. **Procedura penali d'Europa**, 2ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 657). Neste mesmo sentido, no Brasil, ver ROBERTO, Welton. **Paridades de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103).

Embora já se tenha mencionado, em ponto anterior, que não necessariamente haverá resistência por parte do réu, certo é que os interesses eventualmente conflitantes em Processo Penal, quando presente a contraposição, serão o poder de punir de um lado, e o direito de liberdade de outro.

verifica-se a mesma sistemática, uma vez que a única consequência prática negativa advinda da demanda criminal para esta seria, eventualmente, a não obtenção do ressarcimento do dano causado pelo réu,⁹⁸ interesse patrimonial este cuja relevância não se compara ao interesse de liberdade do acusado. Haveria assim, mesmo nessa hipótese, um flagrante desequilíbrio entre as partes.

Ante todo o exposto, não somente em razão do fato de que, em um Estado Democrático de Direito, mais vale a absolvição de todos os inocentes do que a condenação de todos os culpados,⁹⁹ ou apenas em razão do flagrante desequilíbrio entre as partes, mas, principalmente, em razão da necessidade humanitária de que o réu, em Processo Penal, sintasse participando de um processo justo, em que suas garantias estão sendo efetivamente exercidas, há de se estender os direitos e faculdades do acusado para além daqueles simplesmente atribuídos à acusação.

Portanto, determinada a razão da expressão “ampla” que adjectiva a defesa do acusado, tem-se apontado que tal garantia fundamental do processo é formada basicamente por quatro corolários, sendo certo que a violação de qualquer um deles já configura evidente nulidade processual. Esses corolários seriam: (i) o direito de autodefesa do acusado diretamente ao juízo, sem a intermediação de seu advogado, consubstanciado na necessidade de se respeitar seus direitos à presença,¹⁰⁰ audiência,¹⁰¹ e postulação direta, este último com algumas reservas;¹⁰² (ii) a necessidade de se atribuir ao réu uma “defesa técnica”; (iii) a exigência de que a defesa técnica produzida tenha a mínima capacidade de convencimento judicial, traduzindo-se na necessidade de uma “defesa efetiva”;¹⁰³ e (iv) a possibilidade de o acusado

⁹⁸ Medida admitida na forma do art. 387, inciso IV do CPP.

⁹⁹ Como afirmado por Roberto Lyra: “Não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana” (LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do Direito Penal Adjetivo e do Direito Penal Executivo**. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1969, p. 12). Ferrajoli, citando Lauzé di Peret, afirma que “‘Basta ao corpo social que os culpados sejam geram punidos’ [...] ‘pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos’” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 441).

¹⁰⁰ Nesse sentido, Gomes Filho afirma que “[...] a defesa ampla, assegurada pela Constituição, exige não somente que os atos instrutórios sejam praticados na presença e com a participação do defensor técnico, mas também que seja assegurada ao acusado o direito de participar pessoalmente dos mesmos; aliás, é ele, acusado, quem presumivelmente teve contato direto com os fatos e possui melhores condições para fornecer ao advogado as informações necessárias para a definição da linha de perguntas e reperguntas à testemunha; [...]” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 154-5). Em análise completa acerca do direito ao confronto em Processo Penal, ver MALAN, Diogo Rudge, **Direito ao confronto no processo penal**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

¹⁰¹ Consubstanciado no direito a ser interrogado pelo juízo.

¹⁰² Não serão em todas as hipóteses que será garantido o direito do acusado de postular diretamente ao juízo, sem o intermédio de seu advogado. Encontra-se, como uma das hipóteses excepcionais, por exemplo, a possibilidade de o acusado interpor, autonomamente, recurso de Apelação Criminal da sentença condenatória.

¹⁰³ Nas palavras de Fernandes: “Pode ser observado [o contraditório] e faltar defesa real e efetiva. É o que sucede quando o defensor do réu atua de modo insuficiente, apesar de ter tido ciência dos atos da acusação e ser-lhe

se defender provando, ou seja, utilizar toda a prova que lhe seja favorável,¹⁰⁴ como será melhor analisada no próximo ponto.

Exige-se o respeito a todos os corolários da ampla defesa pelo fato de que a atividade defensiva, mais do que um mero exercício do direito pessoal do acusado de buscar afastar um futuro decreto condenatório, revela-se, em nossa ordem constitucional, como verdadeira “garantia fundamental da própria sociedade”.¹⁰⁵ Isso pois, no Estado de Direito, a única sentença legítima é aquela que está em consonância com o processo justo.¹⁰⁶

1.4 O direito à prova defensiva e sua relação com a ampla defesa

Como visto, o Processo tem natureza de relação jurídica triangular, na qual figuram como sujeitos, autor, réu e juiz, e através da qual são formados progressivamente inúmeros outros vínculos que externalizam direitos e deveres que devem ser observados ao longo do trâmite procedimental.

Dessa maneira, embora historicamente tenha se apresentado um caminho tortuoso no sistema europeu continental acerca da relação das partes com a prova, principalmente em razão da “subalternidade” destas, na tradição inquisitória, na tarefa de obtenção de elementos de prova,¹⁰⁷ tem-se assentado atualmente que, no plano probatório, as partes exercem o direito processual de se utilizar dos meios de comprovação daquilo que alegam, com vistas a

dada oportunidade para contrariá-los” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 27).

¹⁰⁴ PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, seção 3.3.1.4. Em sentido similar, Fernandes afirma que “o direito de produzir prova” decorre da reação defensiva, garantia esta exercida durante toda o desenrolar processual (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 31).

¹⁰⁵ Ibid., p. 25

¹⁰⁶ Como bem ressaltado por Grinover, a defesa é “uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”, sendo ela “legitimante da própria jurisdição” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “As garantias constitucionais do processo penal na América Latina”. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 1-12. p. 8). Ainda sobre tema: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. “Defesa penal: direito ou garantia”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 110-25, 1993.

¹⁰⁷ Neste sentido, Gomes Filho: “Várias razões podem ser apontadas para essa reserva, todas elas ressaltando o peso da tradição inquisitória: a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar do livre convencimento, visto geralmente como liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório, e não na sua real e histórica dimensão de valoração desvinculada de regras legais, mas incidente sobre um material constituído por provas admissíveis e regularmente incorporadas ao processo” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 63). O autor ainda aponta o desenvolvimento desse caminho na Alemanha, Itália e Espanha, principalmente com a constitucionalização das garantias individuais pós-II Guerra Mundial, até os dias atuais (Ibid., p. 63-72).

corroborar as hipóteses por elas apresentadas.

Isso porque as faculdades que decorrem dos direitos de ação e de defesa não se encerram somente no ato inicial da propositura da demanda, ou mesmo na sua primeira refutação, mas se desenrolam ao longo de todo o procedimento.¹⁰⁸

Nesse diapasão, os atos processuais relacionados à busca do convencimento judicial podem ser considerados decorrências do direito de ação,¹⁰⁹ se realizados pelo autor, ou do exercício do direito de defesa¹¹⁰, se oriundos do acusado. Dessa forma, eles se revelam como garantias inerentes ao devido processo legal.¹¹¹

Ao se tratar o interesse probatório como verdadeiro exercício de direito processual pelas partes, cria-se imediatamente para o Estado o contraposto “dever de admissão das provas pretendidas”,¹¹² desde que, obviamente, consentâneas com requisitos mínimos para

¹⁰⁸ Conforme sustenta Cambi: “as garantias constitucionais da ação e da defesa não se exaurem em um ato só, formalmente previsto no ordenamento (em sentido estático), mas se estendem ao longo de todo o procedimento (em sentido dinâmico), porque o efetivo acesso à ordem jurídica justa implica a plena afirmação da pretensão (ou tese jurídica) pelo autor e ampla refutação desta pretensão (antítese) pelo réu” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 112).

¹⁰⁹ Renato B. de Lima afirma que: “Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova. Esse direito à prova (right to evidence, em inglês) funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Ed. Impetus, 2013, p. 555).

¹¹⁰ Nesse sentido, Marques afirma que: “O direito de recorrer, de pedir produção de provas, de requerer providências destinadas a movimentar o processo ou a corrigir erros e defeitos dos atos processuais, o direito de ativar a instância – tudo isto constituem direitos subjetivos das partes dentro da relação processual. Os atos que autor e réu produzem, durante o curso do procedimento, resultam do exercício de direitos processuais que gravitam em torno, respectivamente, do direito de ação e do direito de defesa” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 44). Sobre o direito à prova, Gomes Filho afirma que “caracteriza-se, assim, um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa [...]” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 84). Como bem alertado por Cambi: “o direito à defesa garante o exercício de um conjunto de atividades e poderes, incluindo os de iniciativa processual e de produção probatória idôneos para demonstrar a concretude da situação fática sobre a qual recai a exceção e, com isso, poder influir na formação do convencimento do juiz” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 122).

¹¹¹ Como bem ressalta Vigoriti, a “*stretta connessione fra l’allegazione dei fatti, con cui si esertitano i diritti d’azione e di difesa, e la possibilità di sottoporre al giudice gli elementi necessari a dimostrare il fondamento delle allegazioni stesse, rende palese l’influenza delle norme in tema di prova sui diritti garantiti dal due process of law. La stessa connessione impone il riconoscimento a livello costituzionale di un vero e proprio diritto alla prova (right to evidence) a favore di coloro cui spetta il diritto di agire o di difendersi in giudizio*” (VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**: due process of law e art. 24 cost. Volume 3 of Studi di diritto comparato. Milano: Giuffrè, 1973, p. 86).

¹¹² Não se trata, portanto, de uma mera “obrigação para consigo mesmo”, expressão cunhada por Helio Tornaghi (**A relação processual penal**, p. 57). Como bem ressaltado por Vázquez, o direito à prova exige: “a) *La admisión de todos los medios de prueba relevantes para demostrar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos*; b) *La práctica de los elementos de prueba admitidos, pues de poco o nada serviría que se admitan si*

que se autorize sua produção e introdução no processo, como será visto no Capítulo II.¹¹³

Ressalte-se, todavia, que o direito à prova, quando titularizado pelo réu, além de se revelar como decorrência natural do contraditório,¹¹⁴ surge principalmente como um corolário, ou subprincípio,¹¹⁵ do princípio da ampla defesa,¹¹⁶ além de garantia primária do

luego no serán de alguna manera escuchados; c) Y, finalmente, que los elementos admitidos y practicados sean valorados racionalmente por el juzgador en cuestión” (VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 28)

¹¹³ Obviamente que se fala em ônus, ou mero encargo, quanto à decisão pessoal da parte em produzir ou não determinada prova para sustentar a sua tese apresentada, sendo certo que nesta seara apresenta-se relevante a distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo, que, em suma, versa sobre o estabelecimento de quem deverá comprovar o quê, para fins de resolução de mérito final em caso de dúvida. Todavia, quando aqui se fala em direito à prova, passa-se desse ponto inicial de escolha, uma vez que a parte já optou por produzir ou introduzir o elemento probatório, verificando-se, assim, um dever por parte do Estado de permitir tal atividade tendente ao convencimento judicial. Neste sentido, no ordenamento jurídico italiano, ver Bianchi: “*Il 2 comma dell’art. 24 Cost., come è noto, dispone che ‘la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento’. In virtù di questo principio, alle parti è riconosciuta la facoltà di impedire una menomazione del diritto di difesa conseguente ad una non motivata limitazione dei mezzi di prova offerti al giudice oppure dell’oggetto della prova proposta*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti. Milano: Giuffrè, 2001, p. 42). No mesmo sentido, ver VASSALLI, Giuliano. “Il diritto alla prova nel processo penale”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 11, p. 3-59, Milano: Giuffrè, 1968, p. 12.

¹¹⁴ Nesse sentido, Badaró diz que: “Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa. Para se dar cumprimento à garantia constitucional é necessário que se estabeleça um procedimento probatório que se desenvolva em contraditório de partes, perante o juiz”. (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. [Coords.]. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221-2). Como ressalta Gomes Filho, o contraditório, representado pelo binômio “direito à informação e a reação”, apresenta nessa segunda vertente, uma “feição dinâmica”, que “engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades, todos convergindo para a consecução de um resultado favorável através do processo: são as provas, os argumentos, manifestações, impugnações etc.”, sendo certo que “a fase processual mais decisiva para a aferição da efetividade do contraditório é a instrução probatória”. Essa seria a razão pela qual o autor afirma que “se num primeiro momento o respeito ao contraditório, como expressão dos direitos de ação e de defesa, impõe o reconhecimento a cada uma das partes de um direito à introdução da prova, e também, inversamente, à parte contrária, de um direito de exclusão, no sentido de sóver admitidas as provas lícitas, pertinentes e relevantes, essa mesma garantia do contraditório deve ser observada quanto aos modos de admissão, introdução e valoração das provas no processo” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 138-9, p. 147).

¹¹⁵ Como bem ressalta José Canotilho: “a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadoras desses mesmos princípios”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 180). Assim, os subprincípios apresentam como função uma maior densificação e delimitação do princípio mãe.

¹¹⁶ Neste sentido, Badaró diz que: “Os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova, como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório, encontram confirmação e reforço no texto constitucional que, além de consagrar tais garantias, também assegura que ‘ninguém será privado de sua liberdade [...] sem o devido processo legal’ (inc. LIV, art. 5º)” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 223). Para Cambi, também “ocorre cerceamento de defesa quando a decisão judicial causa gravame ou prejuízo à parte em decorrência da violação do direito à prova” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 137). Sobre a ampla defesa, podemos inicialmente analisá-la como um direito, todavia, em razão da obrigatoriedade da exigência do respeito aos direitos fundamentais pelo Estado-acusador e Estado-julgador, atualmente ela foi elevada à qualidade de garantia. Neste sentido, ver GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 369-406. Encontramos na doutrina subdivisões ao princípio da ampla defesa. Parte da doutrina sustenta

processo.¹¹⁷

Portanto, o direito à prova do acusado, além de consistir no “direito de [...] propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário”, abrangendo, também, “o direito a não ser prejudicado no seu exercício [...] pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações”,¹¹⁸ caracteriza-se, primordialmente, como aspecto “insuprimível” da garantia da ampla defesa.

Inclusive, nossa Magna Carta, ao expressamente incluir a ampla defesa em seu art. 5º, inciso LV, elevou-a, como visto em ponto anterior, à garantia fundamental do processo, que se estende, por decorrência, a todos os meios necessários¹¹⁹ para exercê-la, hipótese na qual se enquadra o exercício do direito à produção probatória defensiva.¹²⁰

Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 678, de 1992, igualmente reforça tal ponto em seu art. 8º, n. 2, alínea “c”, ao estabelecer que se deve garantir a “concessão ao acusado [...]

a divisão entre direito à defesa técnica (processual ou específica) e direito à autodefesa (material ou genérica). Podemos encontrar também a divisão sob outros dois aspectos, sendo eles: (i) positivo – que constituiria na possibilidade da “efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria”; (ii) negativo – que consistiria no exercício do direito a não produção de prova contra si mesmo, expressão do princípio *nemo tenetur se detegere* (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 17).

¹¹⁷ Como bem ressaltado por Ferrajoli: “Os processos de verificação oferecidos pela epistemologia acusatória ou falsificação são por isso baseados no método da prova e da refutação [...]. Disso resulta uma estrutura trigonal, ou triangular, normativamente assegurada pelas três garantias processuais já enunciadas: a contestação da acusação, com a qual é formulada a hipótese acusatória e se instaura o contraditório (*nullum iudicium sine accusatione*); o ônus da prova de tal hipótese, que cabe ao acusador (*nulla accusatio sine probatione*); o direito de defesa atribuído ao imputado (*nulla probatio sine defensione*). A essa três garantias, que designam outras atividades de cognição, e que podemos por isso chamar primárias ou epistemológicas, são acrescentadas outras quatro, não enunciadas autonomamente em SG na medida em que asseguram a observância das primeiras em relação às quais são, por assim dizer, de segundo nível ou secundárias: a publicidade, que permite o controle interno e externo de toda atividade processual; a oralidade, que comporta a imediação e a concentração da instrução probatória; a legalidade dos procedimentos, que exige que todas as atividades judiciais se desenvolvam, sob pena de nulidade, segundo um rito legalmente preestabelecido; a motivação, que fechando o sistema documenta e garante seu caráter cognitivo, ou seja, a procedência ou improcedência, apoiadas por provas ou contraprovas, das hipóteses da acusação contestada” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 484).

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Conteúdo da garantia do contraditório**. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 21

¹¹⁹ Beccaria já sustentava a necessidade de uma vez conhecida a prova acusatória, ser possibilitado ao réu o tempo e os meios necessários para se justificar (BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano, 1908, parág. XIII).

¹²⁰ Há quem sustente ainda a existência de correlação entre o direito à prova do acusado e o princípio da presunção da inocência. Nesse sentido, no direito italiano, Hossana Adorno afirma que: “*Con riferimento all'imputato, il fondamento costituzionale di simile apertura verso le aspettative probatorie di parte è stato da subito individuato nel diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e, sia pure in forma indiretta, nella presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.), intesa come vincolo alla previsione di regole istruttorie sensibili alla richiesta di ammissione (e acquisizione) delle prove disponibili per un esito assolutorio*” (ADORNO, Rossano. **L'ammissione della prova in dibattimento**. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 14). Ver também ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione di innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 180; PAULESU, P. Paolo. “Voce Presunzione di non colpevolezza”. In: **Digesto Penale**, v. 9, p. 671 e ss, 1995.

dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

Assim, em Processo Penal, a principal faceta do direito à prova do réu revela-se em decorrer ele diretamente do aspecto positivo da ampla defesa, uma vez que, como bem alertado por Gomes Filho, a real extensão do exercício de defesa:

[...] não se esgota em simples oposição às pretensões acusatórias [...], mas deve ser assegurada amplamente, como faculdade de agir concretamente para a obtenção de um pronunciamento jurisdicional favorável à inocência; e dentre os poderes que devem ser conferidos ao acusado está, evidentemente, o de introduzir as provas necessárias à demonstração das teses defensivas”.¹²¹

Por essa razão, nosso histórico legislativo sempre previu a possibilidade de o acusado exercer seu direito de defesa através da produção probatória, como pode se verificar desde o longínquo Código de Processo Criminal, de 1832, o qual já previa que “as testemunhas serão oferecidas pelas partes” (art. 84), e que, aquelas arroladas pelo imputado, “serão introduzidas, e jurarão sobre os artigos, sendo inquiridas primeiro pelo Advogado do réu, e depois pelo do acusador, ou autor” (art. 264).

Ademais, a extrema importância do direito de se defender provando¹²², como corolário da garantia da ampla defesa, vem demonstrada na sua previsão expressa em diversas normas internacionais, como, por exemplo, no art. 8º, n. 2, alínea “f”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no art. 6º, n. 3, alínea “d”, da Convenção Europeia de Direitos Humanos,¹²³ e no art. 14, n. 3, alínea “e”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹²⁴ que, em redação similar,¹²⁵ garantem o direito do acusado em obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa.¹²⁶

¹²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 67.

¹²² Expressão apontada como originalmente cunhada por Giuliano Vassalli no texto “Il diritto alla prova nel processo penale” (**Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 11, p. 3-59, Milano: Giuffrè, 1968, p. 3).

¹²³ Cabe ressaltar, todavia, que as decisões da CEDH sobre tal dispositivo normalmente versam sobre discussões acerca da possibilidade ou não de limitação do direito ao confronto, ou seja, da necessidade de que a testemunha que funda a hipótese acusatória seja levada ao escrutínio da defesa no julgamento. A Corte, em regra, tem exigido *a good reason for the non-attendance* da testemunha, como, por exemplo, ausência, morte, desaparecimento etc. Neste sentido, ver **Colac v. Romania**, 22755/04, 03/04/2012, § 43; **Horncastle and Others v. UK**, 4184/10, 16/12/2104, § 132; **Fafrowicz v. Poland**, 43609/07, 17/04/2012; **Chmura v. Poland**, 18475/05, 03/04/2012.

¹²⁴ Introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Como bem asseverado por Tuinstra, o art. 14(3)(e) do PIDCP, “*is intended to grant the accused the same legal powers as the prosecution to compel the attendance of witnesses and to examine or cross-examine witnesses*” (TUINSTR, Jarinde P. W. Temminck. **Defence Counsel in International Criminal Law**. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 170).

¹²⁵ A redação da CADH não se refere à necessidade de igualdades de condições com a acusação, uma vez que apenas consta, em seu art. 8º(2)(f), o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

¹²⁶ Em razão de tais previsões em normativas internacionais relativas a direitos humanos, alguns países passaram a alterar seus dispositivos locais para readequá-los à nova realidade jurídica internacional. A Itália, por exemplo, em respeito às previsões da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do PIDCP, passou a estabelecer (embora tardiamente) no art. 190, comma 1, de sua codificação processual penal, que as provas requeridas pelas

Isso porque, principalmente após o encerramento da tragédia vivenciada na Segunda Guerra Mundial, com a revolução constitucional e dos direitos civis,¹²⁷ as garantias que compõem o processo justo,¹²⁸ como a ampla defesa, tornaram-se extremamente importantes para regular a forma como a prova deve ser produzida nos procedimentos criminais.¹²⁹

No mesmo sentido, o Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América – fruto dos trabalhos desenvolvidos por uma comissão de notáveis, formada pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da qual participaram, dentre outros, Julio Maier e Ada Pellegrini Grinover¹³⁰–, além de exigir o devido respeito ao inviolável direito de defesa do acusado,¹³¹ estabelece em seu art. 283¹³² a possibilidade de requerimento probatório na fase

partes – incluindo-se aí, por evidência, o réu – serão admitidas pelo juízo sem retardo, excluindo-se apenas aquelas proibidas por lei, ou manifestamente supérfluas ou irrelevantes. Note-se que a principal alteração, sobre o ponto de vista probatório, da novel legislação italiana, foi estabelecer um novo modelo que prima pela distribuição do conhecimento no processo às partes, uma vez que o contraditório, ademais de simples possibilidade de ciência e reação aos atos processuais, passou a ser integrado também pela necessária participação efetiva da parte no que tange à introdução e produção da prova. Especificamente sobre o sistema probatório italiano, introduzido pela alteração processual penal de 1988, ver NOBILI, Massimo. “Art 190: diritto alla prova”. In: CHIAVARIO, Mario (Org.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2, p. 400-8; PANAGIA, Salvatore. “Il diritto alla prova della difesa fra norme penali e codice di rito”. **Rivista italiana diritto e procedura penale**, v. 31, p. 1249-57, Milano: Giuffrè, 1991.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **The Judicial Process in Comparative Perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 207.

¹²⁸ A CEDH chegou a afirmar que, em razão da proeminência do papel do processo justo em uma sociedade democrática, o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos deve ser interpretado de forma ampla. Neste sentido, ver **Delcourt v. Bélgica**, 2689/65, 17/01/1970; **Moreira de Azevedo v. Portugal**, 11296/84, 23/10/1990. Embora a Corte de Strasburgo também já tenha assentado que apenas intervirá quando o julgamento pelas autoridades nacionais se mostrar claramente arbitrário. Neste sentido, ver **Khamidov v. Rússia**, 72118/01, 15/11/2007; **Berhani v. Albânia**, 847/05, 04/10/2010.

¹²⁹ Maher chega a afirmar que o *fairness* teria sido elevado a um direito natural (MAHER, Gerry. “Natural Justice as Fairness”. In: MCCORMICK, Neil; BIRKS, Peter (Eds.). **The Legal Mind: Essays for Tony Honoré**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 103 e 120). Jackson e Summers salientam a importância que o direito ao processo justo passou a ter frente a sociedade jurídica internacional: “*Although we have seen that common beliefs in the importance of reaching accurate decisions and accommodating individual rights have underpinned each tradition, there was no conscious attempt to find common ground between the various systems until the second half of the twentieth century when in aftermath of the Second War efforts were made to forge closer links between nations on the basis of shared rights and values. Since then, common principles of fairness have assumed considerable importance in the regulation of the process in criminal proceedings. The development in the second half of the twentieth century of a number of international fair trial provisions forced states to reconsider their national evidential principles, and the values on which these were based, in the light of the right to a fair trial*” (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 78).

¹³⁰ A versão final do Projeto do Código Modelo foi apresentada na XI Jornada Ibero-Americana de Direito Processual – Conferência do Instituto, ocorrida em 1988 no Brasil, e aprovada com a inclusão somente de algumas regulamentações específicas alternativas para facilitar a adoção dos diversos países da ibero-América, uma vez que este sempre foi o principal objetivo de sua formulação. Sua versão integral encontra-se disponível no

sítio: http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoamerica.pdf.

Acesso em: 2 ago. 2018. Sobre a influência do Código Modelo nas reformas processuais penais ocorridas nos países latino-americanos, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-américa 10 anos depois”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

¹³¹ “Art.5. Defensa. Es inviolable la defensa en el procedimiento. Salvo las excepciones expresamente previstas en este código, el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen

processual.¹³³

Inclusive, em busca do estabelecimento dos mínimos contornos do exercício do direito à prova, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em interpretação à referida prescrição da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já determinou que deve se garantir às partes “uma oportunidade razoável de apresentar seu caso em condições que não a coloquem em desvantagem substancial ao seu oponente”,¹³⁴ albergando-se aí, evidentemente, o necessário respeito à possibilidade de apresentação e produção de elementos probatórios.¹³⁵

Ressalte-se ainda que, o fato de o direito à prova do acusado estar previsto em tratados sobre Direitos Humanos, como a CADH e o PIDCP, que ganharam *status* de norma constitucional à época de sua positivação pelo Estado brasileiro,¹³⁶ faz com que ele seja

elementos de prueba ya formular todas las instancias y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente, cuando perjudique el curso normal de los actos o del procedimiento; cuando esté privado de su libertad personal, podrá formular sus instancias y observaciones por intermedio del encargado de su custodia, quien las tramitará inmediatamente al tribunal de la causa o al ministerio público. El imputado tiene derecho a elegir un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere, el tribunal designará de oficio un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiriese defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará, sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado, sin que ello menoscabe su derecho a formular instancias y observaciones, previsto en el párrafo anterior. La misma disposición rige para el condenado o para aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección, en lo pertinente, hasta la extinción de la pena o la medida”.

¹³² “Art. 283. Ofrecimiento de prueba. Para ofrecer prueba se presentará la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y se señalará los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate. Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio. Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallan, para que el tribunal los requiera. Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretende probar.”

¹³³ Note-se que o art. 42 do Código Modelo também estabelece a possibilidade do imputado, em fase anterior ao recebimento da denúncia, ser ouvido acerca dos meios de prova que pretende indicar para comprovar suas alegações.

¹³⁴ Neste sentido, ver **Kaufman v. Bélgica**, 10938/84, 09/12/1986. Cabe ressaltar, ainda, que o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em interpretação do art. 14(1) do PIDCP, também vem exigindo o respeito à igualdade processual das partes. Neste sentido, ver **Dominique Guesdon v. France**, Communication n. 219/1986, UN Doc. CCPR/C/39/D/219/1986 (1990), § 10.2; **Lucy Dudko v. Austrália**, Communication n. 1347/2005, UN Doc. CCPR/C/90/D/1347/2005 (2007), § 7.4.

¹³⁵ **Ruiz-Mateos v. Spain**, 12952/87, 23/06/1993, §§ 61-3.

¹³⁶ Em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia suprallegal da Convenção Americana de Direitos Humanos em razão da sua não aprovação por quorum especial no Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, acompanha-se aqui o posicionamento de Piovesan de que “a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 90-1). Para a autora, o fato de a referida Convenção ter sido incorporada anteriormente à emenda constitucional faz com que a necessidade de aprovação pelo quorum não lhe seja aplicada. Neste mesmo sentido, ver também PIOVESAN, Flávia. “Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a

qualificado como materialmente fundamental,¹³⁷ sendo certo, portanto, que “sua violação ou não satisfação significa [...] sofrimento grave ou toca no núcleo central da autonomia” do cidadão.¹³⁸

E, embora os textos legais e convencionais normalmente se refiram somente ao direito do acusado de requerer a colheita de depoimentos testemunhais, a doutrina processual, de forma correta, sempre estendeu tal garantia a qualquer meio de prova que se mostre apto a comprovar a questão trazida ao debate processual,¹³⁹ uma vez que não há qualquer razão lógica para que se limite arbitrariamente a extensão do referido direito a um específico meio probatório, explicando-se tal técnica legislativa na tradição de colheita de prova testemunhal nas contendas criminais.¹⁴⁰

Assim, por todo o exposto, não restam dúvidas de que o direito à prova defensiva, visto como uma garantia fundamental à comprovação das teses apresentadas pelo acusado para contraditar a imputação acusatória, funda suas raízes primordialmente na garantia da ampla defesa. Indo-se mais além, exatamente por se verificar essa relação direta entre a atividade probatória das partes e seus direitos originários de ação (autor) e defesa (réu), no bojo da relação jurídica processual penal, naturalmente desequilibrada como visto, sempre que se tratar de prova possivelmente exculpatória, deve-se conferir uma maior permissibilidade à sua admissão, em comparação ao pleito probatório da acusação.

E nem se diga, de forma equivocada, que o simples fato de o ônus probatório em Processo Penal ser integralmente da acusação¹⁴¹ já seria o suficiente para reequilibrar as

Constituição Federal de 1988”. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 153, p. 9, ago. 2005.

¹³⁷ Nomenclatura utilizada por Malan se referindo ao direito ao confronto no ordenamento jurídico brasileiro, que se aplica igualmente ao direito à prova defensiva em sentido amplo (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 110). Sobre a diferenciação entre as categorias (i) direito fundamental, representando aqueles direitos humanos que já foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico, e também positivados no ordenamento jurídico internacional; e (ii) direitos do homem, categoria esta próxima à ideia de direito natural, ver SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de Direitos Humanos: Notas em torno dos §§ 1 e 3, do art. 5º da Constituição de 1988”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 102, pp. 177-208, jun. 2006, p. 181-5.

¹³⁸ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Luis Afonso Heck (Trad.). **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, n. 217, p. 61, jul.-set. 1999.

¹³⁹ Neste sentido, ver GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 74; ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 145; UBERTIS, Giulio. **Verso un ‘giusto processo’ penale**. Torino: Giappichelli, 1997, p. 89.

¹⁴⁰ Tradição essa também típica do sistema anglo-saxônico, como será visto na Seção III.4, quando da análise do *right to compulsory process*, previsto na Sexta Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos da América.

¹⁴¹ Sobre a questão, esclarecedores são os ensinamentos de José Frederico Marques, para quem “o ônus de provar a existência do crime, na integridade de seus elementos, está todo com o órgão da acusação, o mesmo se dando com a autoria”. Prossegue ainda o autor afirmando que, ainda que “assente a sua defesa em causa excludente de crime ou da punibilidade, está na posição de quem nega toda a pretensão punitiva” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 189). Giuseppe Bettiol abordou igualmente o tema

partes, uma vez que cabe, somente ao autor da ação penal condenatória, o ônus agravado de comprovar sua hipótese “além de toda dúvida razoável”.¹⁴²

Isso porque, ainda que, em decorrência da regra do *in dubio pro reo*,¹⁴³ seja elevado o *standard* probatório¹⁴⁴ necessário para se julgar procedente a pretensão acusatória, certo é que, independentemente do tipo de ação ou do *standard* probatório nela exigido, a procedência, ou improcedência, do pedido da exordial será obtida, sempre, por meio do resultado final do cálculo das cargas trazidas pelos elementos de prova que, supostamente, dariam suporte à tese apresentada pelo autor (cargas positivas), e por aqueles, em regra, trazidos aos autos pelo réu, que refutariam a pretensão inicial (cargas negativas).¹⁴⁵

Portanto, o “nível de prova” mais elevado, exigido para as ações penais condenatórias,

em suas lições: “É sobre o Ministério Público que recai todo o peso do ônus da prova no processo penal. Isto no sentido de que ele é chamado a demonstrar (se pretende eliminar da mente do juiz todo o resíduo de dúvida) a realidade dos fatos constitutivos da pretensão punitiva (o acusado de crime de furto subtraiu efetivamente uma coisa móvel de outrem) e a inexistência de fatos impeditivos (não se verificou a favor do réu o estado de necessidade que justificaria o furto): isto é, todo o complexo dos pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena” (BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Manuel da Costa Andrade [Trad.]. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 299). Neste mesmo sentido, ver JARDIM, Afrânio Silva. “O ônus da prova na ação penal condenatória”. In: **Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 221; GOMES, Luiz Flávio. “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção da inocência”. In: **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 112; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Ed. Método, 2001, p. 150.

¹⁴² Traduzida da clássica expressão dos países da *common law*, *beyond any reasonable doubt*, para demonstrar o grau de convencimento judicial.

¹⁴³ Também chamada de “ônus probatório objetivo”. Neste sentido, ver BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 237 e ss.

¹⁴⁴ Embora não seja o objetivo da presente tese acalorar ainda mais as discussões acerca dos parâmetros a serem adotados na decisão penal, acreditamos que a menção às palavras “dúvida” ou “certeza”, referindo-se ao sentimento judicial quando do sentenciamento, devem ser gradualmente abandonadas por critérios mais objetivos, como o *quantum* de prova necessário para a condenação em Processo Penal, que, exatamente em razão do princípio da presunção da inocência, deverá ser mais alto do que a mera preponderância das provas, normalmente exigida nas demandas cíveis. Isso porque, como ressaltado por Badaró, “a certeza judicial não é um ‘estado de ânimo’, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas uma escolha fruto da razão, que permite escolher, entre os enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dá suporte a cada um deles” (BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 63, jan.-abr. 2018).

¹⁴⁵ Como afirmado por Ferrajoli, com base no modelo nomológico-dedutivo de explicação causal elaborado por Karl R. Popper: “[...] a compilação de dados probatórios ulteriores nunca é suficiente para garantir com certeza a verdade de uma hipótese explicativa, mas só pode confirmá-la ou bem invalidar a hipótese concorrente. Cada dado probatório que se acomoda às premissas explicativas pode ser considerado, na realidade, como sua confirmação, que aumenta sua plausibilidade e o grau de probabilidade. Todo dado que, ao revés, não se acomoda a tais premissas representa uma refutação. [...] Podemos expressar tudo isso afirmando que não dispomos de um método de descobrimento ou de verificação, mas apenas de um método de confirmação e de falseabilidade. [...] A justificação da indução judicial pode se basear mais ou menos sobre os mesmos esquemas. Tampouco na indução judicial estaremos em condições de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória. Podemos, contudo, confirmá-la ou invalidá-la” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 115-6). Não se ignora aqui a possibilidade aventada por parte da doutrina de se estabelecer *standards* probatórios variáveis para hipóteses delitivas diversas, como, por exemplo, de acordo com Carmignani, ao sustentar que quanto mais grave o delito, maior força adquiriria o princípio da presunção de inocência, uma vez que as presunções ordinárias perderiam em muito seu valor (CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi del diritto criminale**. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 145, § 516).

por si só, não é apto para reequilibrar as partes já naturalmente desequilibradas em Processo Penal, mas somente se revela como mais uma importante exigência epistemológica, reflexo da escolha política daquele determinado Estado.¹⁴⁶

A maximização da “possibilidade da refutação ou da contraprova” por parte da defesa, integrada pelo seu poder de apresentação de contraprovas aptas a fundamentar explicações alternativas,¹⁴⁷ revela-se, então, como um dos pilares do sistema processual penal contemporâneo.¹⁴⁸

Conclui-se, portanto, que, enquanto elemento fundamental da garantia da ampla defesa, torna-se crucial que se possibilite ao acusado o exercício de seu direito à prova de forma plena e extensa,¹⁴⁹ ainda que se admita, em hipóteses restritas, sua relativização em prol da tutela de outros interesses processuais igualmente relevantes, o que será melhor analisado no Capítulo IV.

1.5 O direito à prova defensiva e sua relação com o valor verdade

Não há dúvidas de que o tema prova, e todas as questões que dele decorrem, mostram-se extremamente caros à ciência processual, o que se pode denotar da afirmação clássica de Picardi¹⁵⁰ de que a prova é o “coração” do processo.

¹⁴⁶ Como bem ressaltado por Vázquez: “*el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial*” (VÁZQUEZ, Carmen. “A Modo de Presentación”. In: VÁZQUEZ, Camen. **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 14).

¹⁴⁷ Ao afirmar que “toda a doutrina garantista das provas descende dessa inovação epistemológica de falsificação”, Ferrajoli aponta a grande importância que deve ser conferida ao direito à prova defensiva (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 122).

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 488. O autor ainda diz que: “Enquanto nenhuma prova ou confirmação é suficiente para justificar a livre convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis” (*Ibid.*, p. 121).

¹⁴⁹ Isso porque, como afirmado por Ferrajoli, “[a] defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas” (*Ibid.*, p. 490).

¹⁵⁰ Nas palavras do autor: “*La prova è il cuore del processo. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali vengono verificate le ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (unica verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie controversa*” (PICARDI,

Todavia, diferentemente do que se possa imaginar, as questões acerca da prova não são somente relevantes para as partes envolvidas na demanda, uma vez que os elementos probatórios produzidos no curso do procedimento judicial têm também uma evidente função social, já que visam subsidiariamente a “obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão”.¹⁵¹

Embora a nomenclatura “prova” seja utilizada com diversos significados pela doutrina processual,¹⁵² há de se distinguir a sua característica objetiva, ligada aos procedimentos, formas de investigação e tentativa de reconstrução dos fatos objetos da demanda, de sua vertente subjetiva, relacionada ao convencimento advindo da valoração do substrato das atividades probatórias realizadas.¹⁵³

Assim, enquanto a atividade dos sujeitos processuais na busca pela reconstrução dos fatos, bem como os instrumentos por eles utilizados para a introdução de tais informações no processo, referem-se ao aspecto objetivo da prova, o resultado de tais meios de prova, chamados de dados probatórios, relacionam-se diretamente ao seu aspecto subjetivo, na medida em que formarão a base do convencimento do julgador para a resolução da demanda.¹⁵⁴

É exatamente neste último ponto que o tema “prova” se interrelaciona diretamente com o conceito de “verdade”¹⁵⁵ enquanto função legitimadora da decisão judicial,¹⁵⁶ tornando difícil se desvincular da ideia de que um ato decisório será justo somente quando estiver

Nicola. **Appunti di Diritto Processuale Civile**. Il Processo Ordinario di Cognizione. Le Impugnazioni. Milano: Giuffrè, 2003, p. 19)

¹⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 17-8. O autor, inclusive, chega a tal conclusão com base nos sistemas probatórios mais primitivos, nos quais a apuração da verdade se dava com base em “forças sobrenaturais” ou divinas, que, embora não empregasse técnicas racionais, eram legítimas para convencer o corpo social.

¹⁵² Que, em sentido lato, pode ser entendida como “*quell’insieme di elementi e attività, quel procedimento, quella risultanza conoscitiva, aventi la funzione di consentire l’accertamento della verità o di uno degli enunciati fattuali integranti il thema probandum*” (UBERTIS, Giulio. **Sistema di procedura penale: Principi generali**. 2ª ed. Torino: UTET, 2007, v. 1, p. 48). Para uma visão geral acerca dos diversos significados de “prova”, ver FERRUA, Paolo. **Il giusto processo**. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 52-3.

¹⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 41.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 42. Segundo Comoglio, deve-se garantir às partes o exercício de todos os poderes necessários para se possibilitar a influência positiva sobre o convencimento judicial (Luigi Paolo Comoglio, **La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile**, p. 152).

¹⁵⁵ Jordi Ferrer Beltrán afirma existir uma “*relación teleológica entre prueba y verdad*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 62). Ainda segundo o autor, “*el objetivo instrumental de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad*”, razão pela qual “*la averiguación de la verdad es un fin en algún sentido prioritario del proceso en materia de prueba, pero no es en absoluto el único*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (Ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 28 e 31).

¹⁵⁶ Segundo Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 38).

consonante com a verdade dos fatos.¹⁵⁷

Como bem ressaltado por Leonardo Greco, “a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores”.¹⁵⁸

Não se nega aqui a existência de diversas correntes filosóficas que, há séculos, vêm discutindo a questão “verdade”, seja relacionando-a com uma mera crença (doutrinas subjetivas),¹⁵⁹ com a ideia de correspondência direta com os fatos investigados (doutrinas objetivas), ou até mesmo negando a existência de um conhecimento absoluto (doutrinas céticas).¹⁶⁰ E ainda são atribuídas à palavra verdade diversos adjetivos, como formal, material, real, objetiva etc., que afastam ainda mais a possibilidade de consenso entre os estudiosos.¹⁶¹

Entretanto, em que pese a intensa discordância doutrinária acerca do tema, o presente trabalho parte das premissas (i) de que a verdade é um valor processual legitimante da atividade jurisdicional¹⁶² – não constituindo, todavia, fim único do Processo Penal¹⁶³ –; e, (ii)

¹⁵⁷ Como bem afirmado por Badaró: “É preciso que a decisão seja justa. E o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso sejam respeitados três fatores concorrentes: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados; um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação das normas aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal. Em suma, uma decisão justa necessita do bom exercício de atividades epistêmicas e hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal” (BADARÓ, Gustavo H., “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 45-6).

¹⁵⁸ GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 4.

¹⁵⁹ Como, por exemplo, a teoria da “coerência” ou da “aceitabilidade justificada” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 41 e § 5.2).

¹⁶⁰ Como bem afirmado por Ferrajoli, a “alternativa entre o mito iluminista da certeza jurídica objetiva e o descisionismo subjetivista no direito é comparável àquela outra, recorrentes desde sempre na história da filosofia do conhecimento, entre dogmatismo realista e cepticismo relativista, que dizer, entre a pretensão de que a ciência esteja dotada de verdade absoluta (ou possa consegui-la ou justificá-la definitivamente) e a idéia de que a verdade é inacessível e a escolha entre teorias concorrentes é arbitrária” (Ibid., p. 51).

¹⁶¹ Sobre a análise das diversas correntes e a sua relação com a prova processual, ver TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 8-16. Ainda na doutrina italiana, acerca da diferenciação entre verdade formal e material, dentre muitos, ver NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 32; UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 129. De qualquer forma, se acredita que a verdade buscada deverá sempre ser a verdade possível, ou seja, limitada pelos princípios processuais, porque, como salientado por Nobile, a busca pela verdade material traduzirá sempre um poder ilimitado ao órgão jurisdicional, com a crítica de que “*la scoperta della verità, in qualunque modo ottenuta, è la premessa indispensabile per raggiungere lo scopo della difesa sociale*” (NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento**, p. 39).

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 32-3; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 54; BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 221. Sobre essa questão, Giostra afirma que “*la realizzazione del contraddittorio denota un processo penale assiologicamente orientato, cioè una concezione della giustizia in cui il metodo di accertamento della verità rappresenta di per sé un valore*” (GIOSTRA, Glauco. “Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale”. In: **Enciclopedia Giuridica**, v. 10, p. 5, Roma: Trecanni, 2002).

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 221. Sobre a questão, Comoglio afirma que o accertamento da verdade seria somente um dos escopos do processo, como se

de que a prova, com base na teoria correspondentista,¹⁶⁴ busca, ainda que longe da inatingível pretensão de reproduzir fielmente os eventos investigados,¹⁶⁵ ao menos, a “maior aproximação possível” com a realidade fática,¹⁶⁶ considerando-se as limitações probatórias impostas pelo devido respeito às regras processuais.¹⁶⁷

Dessa forma, a prova apresenta uma “função primordialmente demonstrativa”,¹⁶⁸

pode ver nas palavras desse celebrado autor: “[...] *l'accertamento della verità [...], in funzione di una giusta applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie concrete, non può non integrare uno degli scopi istituzionali del processo*” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.” **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, n. 33, Milano: Giuffrè, 1990, p. 113. Jackson e Summers, acerca do desenvolvimento do direito probatório na Europa do séc XIX, afirmam que: “*Although truth finding may not be the end of criminal procedure, it had to play a central role in resolving the disputes that arose over the guilt of the accused or there could not be public acceptance of the verdict*” (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 19-20).

¹⁶⁴ Como ressalta Ferrajoli, “a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência, [...] nisto reside precisamente seu valor: é um princípio regulador (ou modelo limite) na jurisdição, assim como a idéia de verdade objetiva é um princípio regulador (ou um modelo limite) na ciência” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 4). Dessa forma, ainda segundo o autor, “o único significado da palavra ‘verdadeiro’ – como das palavras ‘confiável’, ‘provável’, ‘verossímil’, ‘plausível’ ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas” (Ibid., p. 54). O autor conclui, então, que “no direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a ‘verdade’ precisamente no sentido da ‘correspondência’ mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis” (Ibid., p. 56).

¹⁶⁵ Como afirmado por Ferrajoli, admitir uma verdade absolutamente certa seria “uma ingenuidade epistemológica”, uma vez que “a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde [...] a uma ilusão metafísica” (Ibid., p. 33).

¹⁶⁶ Como afirmado por Taruffo, a realidade externa será sempre o padrão de medida que norteará a determinação da verdade ou falsidade de determinados enunciados acerca do fato objeto da ação (TARUFFO, Michele. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma: Laterza, 2009, p.78). Neste mesmo sentido, Ferrajoli afirma que “uma vez estabelecido que o termo ‘verdadeiro’ pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de ‘correspondência’, é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos ‘verdadeiro’ e ‘falso’ para designar a conformidade ou desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 41).

¹⁶⁷ Segundo Ferrajoli, “a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Essa verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa” (Ibid., p. 38).

¹⁶⁸ Porque a “*verità come corrispondenza rappresenta un irrinunciabile ideale regolativo per il giudice e, nel contempo, l'aspirazione che giustifica l'esercizio della potestà punitiva e l'accertazione sociale della pena*” (ADORNO, Rossano. **L'ammissione della prova in dibattimento**, p. 18). Neste mesmo sentido, ver FERRUA, Paolo, **Il giusto processo**, p. 34. Como bem ressaltado por Gomes Filho, a prova como demonstração “serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos”. Desta forma, provar “significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício [Orgs.]. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 304-6). Essa é a razão pela qual Greco alerta que “o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 6).

embora não se ignore sua função persuasiva,¹⁶⁹ ainda que indireta, na medida em que a produção probatória visa obter o convencimento do julgador (aspecto prático, relevante somente às partes), e do próprio corpo social (que, em última instância, fará o controle geral da atividade jurisdicional). E mais, fixa-se, ainda, para fins do presente trabalho, a verdade judicial como contextual, porque relacionada ao conhecimento obtido no momento em que se averigua a existência do fato¹⁷⁰ e, sobretudo, formal, enquanto elaborada através de uma metodologia própria,¹⁷¹ com o devido respeito às regras e garantias processuais.

A imperfeição da reconstrução dos fatos,¹⁷² portanto, é elemento inerente à atividade probatória processual,¹⁷³ e deve ser considerada sempre pelo operador do direito,¹⁷⁴ uma vez que o juiz, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com um cientista, nunca terá contato direto com os fatos observados.

O objeto da investigação judicial consubstancia-se em fatos pretéritos, razão pela qual são utilizados meios indiretos de apuração. Assim, o método judicial de busca da verdade é comumente comparado com aquele realizado por um historiador que, embora busque a maior fidelidade com o passado, nunca se saberá se realmente atingiu-se tal desiderato.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Admite-se aqui o fim somente subsidiário da persuasão probatória, porque, como bem aponta Ferrajoli em crítica à Perelman, a tendência “de apresentar a decisão judicial como fruto de ‘argumentação’, entendida esta como técnica de ‘persuasão’ contraposta às técnicas de ‘convicção’ que presidem o conhecimento, confere à sua doutrina uma conotação abertamente anticognitivistica e decisionista” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 67, nota 49).

¹⁷⁰ Porque “*dipendente dalle conoscenze date al momento in cui è perseguita*” (UBERTIS, Giulio. **Sistema di procedura penale: Principi generali**. 2ª ed. Torino: UTET, 2007, v. 1, p. 53). Neste mesmo sentido, ver ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 20.

¹⁷¹ “[...] *in quanto non ‘trovata’, ma ‘elaborata’ attraverso una metodologia*” (FERRUA, Paolo. **Il giusto processo**, p. 33). Segue-se, portanto, o conceito clássico de verdade formal estabelecido por Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. 2ª ed. Roma: Edizione dell’Ateneo, 1947, p. 29 e ss, 56 e 61). O mesmo critério é adotado por Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 60, nota 19).

¹⁷² Essa é a razão pela qual a doutrina tende até mesmo a rechaçar a expressão “prova dos fatos”, como indica Ubertis ao afirmar que, através do processo, obtém-se somente a prova “*della verità della affermazione di esistenza di un fatto*” (UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**, p. 93).

¹⁷³ Como ressaltado por Gascón Abellán, “*para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de “supuestos” o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen “probables”. En esto radica su “miseria”, pero también su “grandeza”: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de “probabilidad”, un elemento de objetividad*” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 8).

¹⁷⁴ Com bem ressalta Ferrua, “*la differenza di un oggetto che, scoperto, documenta con la sua stessa presenza il buon esito della ricerca, niente può definitivamente garantire che il fatto attribuito all’imputato corrisponda a ciò che è stato*” (FERRUA, Paolo. **Il giusto processo**, p. 33).

¹⁷⁵ Gomes Filho aponta três diferenças entre a atividade probatória empreendida pelo magistrado e aquela realizada pelo historiador: (i) delimitação da pesquisa - enquanto o historiador é livre para estabelecer o fragmento da realidade dentro do qual realizará sua pesquisa, o juiz está vinculado, em razão da inércia da jurisdição, aos temas delimitados pelas partes; (ii) lapso temporal e conclusão - enquanto o historiador pode realizar sua pesquisa em tempo não delimitado, podendo, inclusive, não atingir qualquer conclusão, o juiz haverá de decidir sempre, e dentro de um prazo razoável; (iii) método - enquanto o historiador, em regra, não está

Há de se criar, portanto, balizamentos decisórios, chamados de *standards* probatórios, como visto no ponto anterior, que considerarão o *quantum* de prova produzida¹⁷⁶ será necessário para que o julgador legitimamente possa entender comprovada a hipótese trazida aos autos pelo autor. Esses padrões, evidentemente, variarão entre os diversos ramos da ciência processual,¹⁷⁷ e versarão acerca do grau de probabilidade lógica¹⁷⁸ necessário para se considerar existente aquele determinado fato histórico investigado.

O magistrado, então, no caso concreto, através da utilização de raciocínio indutivo, deverá verificar se, com base nas provas existentes nos autos, a hipótese apresentada pelo autor revelou-se mais plausível do que aquela trazida pelo réu,¹⁷⁹ considerando-se, ainda, o quão mais provável esta deve ser para se atingir o *standard* probatório exigido por lei.¹⁸⁰

Assim, a hipótese será tão mais provável quanto ela puder resistir “a uma série de procedimentos de indução eliminativa, pelos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que poderiam conduzir a outras conclusões”.¹⁸¹

Deduz-se daí a extrema necessidade de se possibilitar à defesa a comprovação de suas

vinculados a regras procedimentais acerca da forma como deverá realizar a sua colheita de dados, a atividade jurisdicional é evidentemente limitada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção e avaliação dos dados probatórios (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 45).

¹⁷⁶ Como bem salientado por Badaró, ao citar Ferrer Beltrán – e adotar o conceito de “verdade como correspondência” –, esse autor diz que “p está provado”, “não significa nem que ‘p é verdadeiro’, o que seria uma relação conceitual, nem que ‘p foi estabelecido pelo juiz’. Neste último caso, sem dúvida, o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve acrescentar-se a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica. Assim sendo, o enunciado ‘p está provado’ deve ser entendido como sinônimo de ‘há elementos de prova suficientes a favor de p’. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa. [...]. Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 219-20).

¹⁷⁷ Segundo Jordi Ferrer Beltrán, “*la determinación misma del nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica en los distintos procesos judiciales y en las distintas fases de esos procesos es consecuencia de una valoración acerca de la distribución de errores que se considera admisible, valoración que corresponde hacer a cada sociedad y no al teórico del derecho*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial pons, 2007, p. 142-3).

¹⁷⁸ Note-se que probabilidade lógica se diferencia de probabilidade matemática (ou quantitativa), sendo esta última muito criticada como critério para acerto de fatos pela atividade judiciária no processo penal, uma vez que, além de tornar ainda mais desumano o processo, traduz conhecimento em regra distante da maioria da população. Sobre tais críticas no processo anglo-saxônico, ver TRIBE, Laurence H. “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”. **Harvard Law Review**, n. 84, p. 1.332-3, 1971.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giudici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 199-200.

¹⁸⁰ Como ressaltado por Tonini, “*per rendere giustizia non è indispensabile conoscere la ‘verità assoluta’; saranno le prove a dire quanto l’ipotesi è probabile o, vice-versa, da scartare*” (TONINI, Paolo. **La prova penale**. 4ª ed. Padova: Cedam, 2000, p. 32).

¹⁸¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 53. Neste mesmo sentido, Adorno informa que: “[...] *vi sono buone ragioni per ritenere che il mezzo più affidabile per saggiarne la ‘tenuta’ sia di sottoporla a progressivi tentativi di falsificazione; ed è solo dal loro sistematico fallimento che l’ipotesi uscirà convalidata*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 5).

teses – opostas, evidentemente, àquelas apresentadas pela acusação. Isso pois, em última instância, serão elas que servirão de base para infirmar as afirmações acusatórias, testando-as para que se verifique o seu “grau de sua resistência”, e conseqüentemente, se o *standard* probatório necessário foi atingido.

Assim, garantir a efetiva participação da defesa no processo através da produção de prova exculpatória, além de exigência do Estado Democrático de Direito,¹⁸² revela-se extremamente necessária, porque apenas maximizando-se a investigação processual pelo acusado se poderá verificar se o elevado *standard* probatório, exigido pelo Processo Penal, foi efetivamente atingido no caso concreto.

Desta forma, através da análise do conjunto de garantias processuais previstas em nossa Constituição Federal, que, por traduzirem diversos valores e interesses por ela tutelados, poderão em muitos casos entrar em rota de colisão com o direito à prova defensiva, se buscará, no presente trabalho, propor critérios racionais para orientar o órgão jurisdicional quando da aplicação das regras de limitações probatória aos requerimentos de prova do acusado.

Como ressaltado por Canotilho, urge-se a concretização dos princípios constitucionais, aqui aplicados na prática processual penal, devendo-se fazer com que eles atinjam a “norma de decisão”, isto é, “construam” a norma jurídica concreta, evoluindo, assim, de normas generalíssimas abstratas (textos normativos-constitucionais) a normas concretas de decisão (contextos jurídicos-decisionais).¹⁸³

Impõe-se, portanto, no Estado Democrático Constitucional de Direito, o abandono de

¹⁸² Neste sentido Gomes Filho afirma que: “No Estado democrático de direito, em que a liberdade individual é reconhecida como premissa fundamental para a justa organização da sociedade, é evidente que as decisões penais, que incidem exatamente sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um saber resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas contundentes não se poderá superar a presunção da inocência do acusado; mas é igualmente necessário que essas mesmas provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa e, ainda, que possa haver contraprova” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 55).

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almeida, 1998. Essa força cogente dos princípios constitucionais – aqui, em foco, aqueles ligados ao direito processual – é um dos corolários do neoconstitucionalismo ou Novo Direito Constitucional, que será melhor analisado no Capítulo II. Segundo Barroso, tal corrente: “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”. Para o constitucionalista, no conjunto amplo de transformações que constituem o Neoconstitucionalismo, estariam: “(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização (O trífunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de [Orgs.]. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 51-91).

uma visão de princípios constitucionais como dispositivos meramente integralizadores do ordenamento jurídico, devendo-se conferir cada vez mais relevância ao texto constitucional, principalmente quando, no cerne da discussão, se encontra o direito à liberdade do cidadão, como no Processo Penal.¹⁸⁴

O tão almejado “acesso à justiça”,¹⁸⁵ ou acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve ser visto, então, como o direito à tutela jurisdicional efetiva, cujo conteúdo, desenvolvido principalmente na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais internacionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, evidenciou-se em direito fundamental, “minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo”,¹⁸⁶ ou “devido processo legal”.¹⁸⁷

Nesse contexto, a verdade se revela como genuína garantia processual, visto que seu conceito está igualmente ligado à noção de justiça.¹⁸⁸ Afastar o valor “verdade” do processo faz com que a própria decisão final careça de legitimação.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Mesmo porque, como afirma Konrad Hesse, em contraponto àquilo que preconizava Ferdinand Lassale, a Constituição, através de suas normas e princípios, deve ser apta a provocar mudanças sociais na forma como os entes sociais interagem entre si. Nas lições de Hesse, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição” (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes [Trad.]. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 5).

¹⁸⁵ Sobre o tema, Cappelletti e Garth desenvolvem, no já celebrado livro *Acesso à justiça*, ampla pesquisa em busca de soluções práticas para garantir a efetividade do acesso à justiça no mundo todo, tornando sua leitura obrigatória (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Ellen Gracie Northfleet [Trad.]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988).

¹⁸⁶ GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra, Firly Nascimento Filho (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 369.

¹⁸⁷ Como bem assevera Greco, não se pode falar de “acesso à justiça”, isto é, “acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais”, sem necessariamente associar o tema ao “acesso ao direito”, conforme o fez a Constituição Portuguesa de 1976, ao estabelecer, em seu artigo 20, que “a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça” (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, v. 1, p. 11-7).

¹⁸⁸ Conforme afirma Eduardo Cambi: “o problema da justiça da decisão passa a corresponder à busca pela melhor (palavras destacadas no original) decisão possível de ser obtida, mas, para que essa justiça seja alcançada [...] é imprescindível a reconstrução fiel dos fatos relevantes da causa”. Ainda para o autor: “[...] a finalidade do processo não é somente a busca da verdade, mas algo maior, isto é, a justiça, para a qual a determinação da verdade é somente uma premissa. Perseguindo essa finalidade, o processo deve visar a busca da justiça das decisões”, sendo que “a justiça seria a expressão da verdade buscada e reconhecida no processo” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 77, p. 304).

¹⁸⁹ Isso porque, como bem ressaltado por Ferrajoli, “[...] a legitimação interna, ou jurídica, ou formal dos provimentos jurisdicionais é condicionada normativamente pela existência e pelo valor de suas motivações, isto é, pelas asserções (Tício é culpado, Caio é inocente, tal fato foi ou não foi cometido etc.), que não se valem de nenhum outro tipo de ato jurídico: nem de leis, nem de negócios privados, nem de provimentos administrativos. E porque o valor das asserções é a verdade decorre que as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade. Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada

Como bem asseverado por Leonardo Greco, o processo apenas se legitima com o respeito estrito à dignidade humana das partes, estando, portanto, a justiça de seu resultado, “de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo”.¹⁹⁰

Será, portanto, a busca pela verdade – com uma função principalmente demonstrativa-epistemológica das provas, e não meramente persuasiva-retórica –, que viabilizará uma decisão justa,¹⁹¹ tornando-se ela uma garantia do próprio acusado em Processo Penal, contra o abuso e o erro estatais.¹⁹²

Isso porque, a introdução da ideia de racionalidade na atividade jurisdicional demanda que se torne necessária a obtenção de uma decisão judicial que não seja meramente um método de encerramento de um conflito, mas sim, que utilize a verdade como garantia de correção e justiça do ato jurisdicional, na medida em que um fato apenas poderá ser considerado verdadeiro se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo.

Não há dúvidas, portanto, de que se garantir o direito do acusado em apresentar provas em seu favor dialogará com a busca de uma “epistemologia judiciária”,¹⁹³ uma vez que a verdade estará mais bem representada quando, além de se possibilitar a apresentação de prova pela acusação, também se atribui tal poder e capacidade ao réu.¹⁹⁴

também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de ‘correspondência aproximativa’”. Mas a verdade processual, ainda segundo o autor, “é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativa ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e reconitivo de sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 436-7).

¹⁹⁰ GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 369.

¹⁹¹ Como ressaltado por Michael Martin, no sistema norte-americano, “*if consistent ‘lawful’ results are to be obtained, they must be consistency in the process by which facts are judicially determined*” (MARTIN, Michael M. **Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence**. **Texas Law Review**, n. 57, p. 182, 1978-1979).

¹⁹² Nesse sentido, Ferrajoli já afirmou que “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatidas – contra o abuso e o erro” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 439).

¹⁹³ A epistemologia judiciária versa sobre os critérios utilizados pelo magistrado na obtenção do material fático que guiará sua escolha na fase decisória (UBERTIS, Giulio. **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milano: Giuffrè, 2015, p. 28-9).

¹⁹⁴ A ideia de contraposição de partes, principalmente através da produção de prova e contraprova, é exemplificada pelo sistema adversarial dos EUA, originado na *common law*. Neste sentido, a Suprema Corte norte-americana já assentou que “*the very premise of our adversarial system of criminal justice is that partisan advocacy on both sides of a case will best promote the ultimate objective that the guilty be convicted and the innocent go free*” (**Herring v. NY**, 422 US 853, 862 [1975]). Harmer, ainda em países anglo-saxônicos, traz exemplo de tal aplicação no Canadá, quando a Canadian Supreme Court afirmou que: “[t]he right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted” (HARMER, David. “Delay, Lost Evidence and Fair Trial”. In: ROBERTS, Paul;

Essa é a razão pela qual Luigi Ferrajoli estabelece uma forte conexão entre a verdade processual e o exercício do direito à prova defensiva como exteriorização da possibilidade de refutar a hipótese acusatória ao asseverar que:

A verdade processual é, na realidade, uma verdade alcançada mediante garantias ou regras do jogo codificadas, que asseguram essencialmente a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, desde a contestação inicial até passar ao status de coisa julgada da sentença definitiva de condenação, mediante contraprovas ou contrahipóteses.¹⁹⁵

Dessa forma, o direito à produção probatória defensiva, além de decorrência natural do princípio da ampla defesa,¹⁹⁶ está diretamente ligado ao valor de verdade processual,¹⁹⁷ garantia esta do processo justo,¹⁹⁸ razão pela qual sua limitação, no caso concreto, deverá ser sempre parcimoniosa,¹⁹⁹ como será melhor analisado no Capítulo IV.

1.6 A extensão do direito à prova do acusado nas ações penais condenatórias: o *thema probandum*

Existem inúmeras espécies de ações penais, sendo certo que parte da doutrina processual penal, acompanhando os processualistas civis,²⁰⁰ vem dividindo-as em: (i) ações penais de conhecimento (subdividindo-se estas em condenatória, declaratória e constitutiva);

HUNTER, Jill [Orgs.]. **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 229). Frank, citando Macauley acerca do sistema britânico, afirma que a justiça será mais bem servida quando: “*each side strive as hard as it can, in a keenly partisan spirit, to bring to the court’s attention the evidence favorable to that side*” (FRANK, J. **Courts on Trial**. Mass: Atheneum Reprint, 1963, p. 80). Sobre a mesma questão na Inglaterra, ver HALE, Matthew. **History and Analysis of the Common Law of England**. Stafford: J Nutt, 1713.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 135.

¹⁹⁶ Conforme analisado na Seção I.4.

¹⁹⁷ Exatamente em razão dessa ligação direta com a verdade, mostra-se relevante a análise da limitação do exercício do direito à prova defensiva sob o prisma das *evidence rules* do direito norte-americano, uma vez que, como bem ressaltado por Taruffo, as regras de exclusão probatória naquele país têm como principal norte estabelecer a correta constatação dos fatos pelo órgão julgador (TARUFFO, Michele. “Modelli di prova e di procedimento probatorio”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 45, n. 2, p. 420-48, Padova: CEDAM, 1990, p. 423).

¹⁹⁸ Conforme salienta Bedaque, o direito à prova constitui um dos instrumentos primordiais ao acesso à ordem jurídica justa (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31).

¹⁹⁹ Como bem ressaltado por Badaró: “A inter-relação entre o direito probatório, de um lado, e a epistemologia, de outro, ocorrerá tanto num plano estático, isto é, em relação a um determinado meio de prova, quanto do ponto de vista dinâmico, como influência ao longo de toda a atividade de investigação e comprovação dos fatos ao longo da persecução penal” (BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 54).

²⁰⁰ Acerca de tal afirmativa, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 145.

(ii) ações penais cautelares; e (iii) ações penais de execução.²⁰¹

Entretanto, ressalta-se que, em razão do fato de serem mais numerosas as ações penais de conhecimento condenatórias – além de se apresentarem como aquelas nas quais mais se verificam discussões acaloradas acerca do devido respeito ao amplo exercício do direito de defesa –, optou-se no presente trabalho por delimitar a análise somente às limitações probatórias defensivas incidentes em tal espécie.

Explicitado o recorte investigativo do estudo, revela-se, então, necessário, analisar a verdadeira extensão do direito à prova defensiva nas ações penais condenatórias,²⁰² para que se possa estabelecer uma significativa contribuição teórica para se redefinir o papel do juiz na admissão da prova requerida pelo acusado.²⁰³

Deve-se abordar, portanto, a tormentosa questão acerca do objeto do Processo Penal, uma vez que o *thema probandum*,²⁰⁴ entendido como o conjunto de fatos juridicamente relevantes²⁰⁵ que deverão ser provados ou refutados no curso da instrução,²⁰⁶ está diretamente

²⁰¹ Adotando essa classificação em doutrina nacional, ver TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 311-6; JARDIM, Afranio Silva, “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p. 52-3; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v.1, p. 297 e ss. Na doutrina italiana, ver MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano**. 6ª ed. Agg dai G. Conso e G. D. Pisapia. Torino: Torinese, 1967-1972, v. 4, p. 122; FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, p. 177. Há quem critique tal classificação, principalmente no que tange à existência de ações penais cautelares. Nesse sentido, Tucci assevera que: “Só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução penal ou da execução penal, e não para a ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei” (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 107). Ainda neste sentido, ver GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110. Este último afirma ainda inexistir ação penal de execução, já que a execução penal se daria: “Por força da própria sentença, que já tem carga executiva. Executa-se por ordem do Juiz, per officium iudicis, independentemente da instauração de nova relação processual” (Ibid., p. 101).

²⁰² Note-se que, inspirado em Corbi, utilizar-se-ão muitas vezes como equivalentes no presente trabalho os termos “prova”, “meios de prova” e “elementos de prova”, com o objetivo de apontar para todos os instrumentos processuais através dos quais “*si acquisisce a processo un dato di fatto, il dato probatorio (sia esso un fatto rappresentativo o un oggetto sensibile) sul quale si eserciterà per il giudizio e che quindi potrà essere considerato una prova*” (CORBI, Fabrizio. **La disciplina della ammissione della prova nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 7-8).

²⁰³ “*Può dirsi storicamente acquisito che gli sforzi di costruzione del ‘diritto alla prova’, inteso come ‘diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità degli enunciati fattuali che fondano la sua pretesa, abbiano costituito, anche in relazione al processo penale, il più significativo contributo teorico alla ridefinizione del ruolo del giudice nell’ammissione della prova*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattito**, p. 143).

²⁰⁴ Estabelecer o *thema probandum*, ou o objeto de prova, é fundamental para um sistema que pretende privilegiar a atividade dialética das partes e a incidência do contraditório como método mais eficaz para a busca da verdade. Neste sentido, Nobili afirma que a fixação do *thema probandum* é essencial para “*un sistema che intenda realizzare una dialettica tra le parti, ossia il contraddittorio, e in specie il diritto alla difesa e alla prova*” (NOBILI, Massimo. “Commento all’art. 187”. In: CHIAVARIO, M. [Coord.]. **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2, p. 389 e ss.)

²⁰⁵ Como bem ressaltado por Enrico Liebman: “*i fatti allegati, per diventare oggetto di prova, devono essere rilevanti, tali cioè che la dimostrazione della loro esistenza od inesistenza apparisca influente per la decisione della causa: frustra probatur quod probandum non relevat. Sarebbero evidentemente sprecati il tempo, il lavoro e il denaro impiegati a provare dei fatti che, sebbene affermati e anche discussi dalle parti, non sarebbero – se*

ligado àquilo que constitui o cerne dos debates processuais entre as partes.²⁰⁷

Fato é que o objeto processual vem sendo foco de discussões doutrinárias há tempos, sendo certo que a doutrina processual civil já se debruçou exaustivamente sobre a questão – ligando-o ora à causa de pedir, ora ao próprio pedido do autor²⁰⁸ –, com o fim de resolver pontos acerca da imutabilidade da coisa julgada, litispendência, ou mesmo da alteração da demanda.²⁰⁹

Especificamente em Processo Penal, como bem salientado por Antonio Scarance Fernandes,²¹⁰ podem-se verificar quatro correntes principais acerca do tema: a primeira, que afirma ser a “pretensão punitiva”²¹¹ o objeto do Processo Penal; uma segunda, que aponta

probatum – ‘concludenti’, ‘conferenti’” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1974, v. 2, p. 76).

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970, p. 53.

²⁰⁷ Neste sentido, Furgiele afirma que “*il thema probandum costituisce uno strumento essenziale per circoscrivere ‘quanto può e deve costituire oggetto di indagine, limitando l’accertamento anche al fine di garantire il contraddittorio’ e dunque, in via mediata, il diritto di difesa, nonché il diritto alla prova*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 28). Deve-se diferenciar, todavia, o *thema probandum* (objeto de prova) do objeto da prova. Nesse sentido, precisas são as lições de Eduardo Cambi, para quem a primeira expressão designa “o conjunto de fatos que são necessários para servir de fundamento da decisão, e a segunda, ao fato particular que determinada prova tende a demonstrar” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 296).

²⁰⁸ Na seara processual civil, a grande discussão envolve exatamente a necessidade de se estabelecer quais desses institutos estariam ligados ao objeto do processo. Para uns, somente o pedido guardaria relação com o objeto processual (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2, p. 63); para outros, somente a causa de pedir (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, p. 232-76); enquanto uma terceira corrente afirma serem ambos os institutos relevantes para a individualização do objeto do processo (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A causa *petendi* nas ações reivindicatórias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, v. 6, p. 87, 1967; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano III, n. 16, p. 25-7, mar.-abr. 2002).

²⁰⁹ Dentre as diversas obras em Processo Civil sobre o tema, destacam-se, dentre outros: TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa *petenti* no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993; ALVIM, Arruda. **Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, v. 2, p. 107; SANCHES, Sydney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 13, 1979. Adiciona-se, ainda, à complicada discussão, a distinção feita por alguns entre “objeto do processo” e “objeto litigioso”, sendo o primeiro mais amplo do que este último, uma vez que envolveria toda a matéria, de fato e de direito, levada à apreciação jurisdicional. Fazendo essa distinção, ver DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, p. 313-4; SANCHES, Sydney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”, **Revista de Processo**, n. 13, 1979. Cabe ressaltar que alguns autores não utilizam a nomenclatura “objeto litigioso”, mas, mesmo assim, trabalham com a mesma ideia, como, por exemplo, Silva Jardim, que fala em objeto do processo e conteúdo do processo. Para esse autor, o objeto do processo é o pedido, enquanto o conteúdo do processo, em seu aspecto formal, seria o “conjunto dos atos processuais, através dos quais a relação processual se desenvolve, criando faculdades, poderes, sujeições, direitos, deveres e ônus para os diversos sujeito processuais”, enquanto, no aspecto substancial, seria “a afirmação do autor de inexistência (ação declaratória) ou existência de uma relação jurídica material” (JARDIM, Afranio Silva. “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p. 31-32).

²¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 41.

²¹¹ Como bem ressaltado pelo autor, a primeira teoria peca em estabelecer como objeto processual algo que preexiste à relação jurídico processual, e que pode existir sem mesmo a presença deste último (como em hipóteses em que não se descobre a autoria). Silva Jardim sustenta também que a pretensão punitiva seria o objeto do processo penal, dando, todavia, a ela um viés basicamente processual, isto é, afastando-a do “dever-poder” de punir estatal, ao afirmar que consistiria em “uma exigência no sentido de que prevaleça o interesse do

para a relação entre o objeto do processo e o conceito de “pretensão processual”;²¹² uma terceira, que atribui ligação direta do tema com a análise do fato imputado, ou seja, com a “imputação acusatória”;²¹³ e uma quarta, que, por fim, aponta ser a lide penal o objeto processual nas ações penais condenatórias.²¹⁴

Adota-se, no presente trabalho, como premissa interpretativa, a ideia de que o objeto do Processo Penal é a pretensão processual, também conhecida como pretensão acusatória. Entretanto, tal pretensão não se manifesta somente como simples atribuição (ou imputação)²¹⁵

autor da ação na punição do réu, ordinariamente em detrimento de sua aspiração de mater a liberdade ou, ao menos, o seu estado de inocência. Desta forma, a pretensão punitiva é fato processual, praticado em juízo através do exercício da ação penal condenatória. Nota-se, portanto, que o conceito do autor se aproxima, de certa forma, tanto da lide, enquanto do conceito *carneluttiano*, como objeto do processo, quanto da teoria que aponta a pretensão acusatória como seu objeto (JARDIM, Afranio Silva, “Reflexão teórica sobre o processo penal”. In: **Direito Processual Penal**, p.51).

²¹² Alertando acerca da impossibilidade de se confundir os conceitos de escopo do processo (sua instrumentalidade constitucional), ou seu fim imediato (a satisfação da jurídica da pretensão), Lopes Jr. afirma que a pretensão processual (chamada de acusatória) seria composta, basicamente, por três elementos: (i) o elemento objetivo, configurado no “fato aparentemente punível praticado”; (ii) o elemento subjetivo, composto pelas partes; e (iii) a declaração petitória, consubstanciada na “declaração de vontade” através da qual se pede a satisfação da pretensão (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 50).

²¹³ Esse é o posicionamento, por exemplo, de Coutinho, que, ao criticar a transposição do conceito de lide para o processo penal, afirma que o objeto do processo seria o caso penal, ou seja, o acontecimento histórico narrado na denúncia pelo acusador (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 138). Neste mesmo sentido, parecem seguir: CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013, p. 238; POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 70). Cabe ressaltar que, para Marques, a imputação “não é a descrição, mas o ato de atribuir a alguém um fato delituoso” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 224). Já, para Fernandes, “a imputação, em sua essência, é o juízo de atribuição, não o ato que atribui. Imputar é atribuir e, para isso, há necessidade de um juízo pelo qual se vincule alguém à prática delituosa, como o seu provável autor. Revela-se geralmente a imputação por ato processual, mas não é o próprio ato. [...] Vista a imputação nessa forma ampla, como juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de infração penal, sem ser o ato ou estar vinculada a ato determinado, existe desde a fase de investigação, não ficando circunscrita ao momento em que é formulada a acusação e se instaura o processo”. Para o autor, ainda, quando a imputação é efetivada na denúncia ou queixa, trata-se de “imputação em sentido estrito” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 102, 105).

²¹⁴ Esta última baseada no conceito *carneluttiano* de que lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Considerando que a própria existência de lide penal vem sendo criticada por grande parte da doutrina processual penal, tal corrente tem sido abandonada pela doutrina moderna, sob o fundamento que não seria legítimo afirmar que haveria um verdadeiro conflito de interesses, uma vez que o acusador público não tem como fim a aplicação de sanção, mas sim a instauração do processo para a verificação, sob o crivo processual, da ocorrência da conduta delitiva narrada. Badaró, negando a existência da lide, afirma que: “A própria relação jurídica processual penal é artificial. [...] Embora não haja lide no processo penal, isso não quer dizer que se trate de um processo de jurisdição voluntária. [...] O processo penal apresenta, em seu conteúdo, uma controvérsia a respeito da veracidade ou não da imputação” (BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre Acusação e Sentença**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 106-8). Criticando ainda o conceito de lide penal, ver PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, p. 108-9; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa. Repercussão, amplitude e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 37-48. Fernandes, embora não negue expressamente a existência da lide penal, afirma que esta não é o objeto do processo (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 44).

²¹⁵ Como bem ressaltado por Fernandes, a imputação teria como elementos (i) a descrição fática; (ii) a qualificação penal do fato; e (iii) a atribuição do fato a um terceiro, razão pela qual a “causa de pedir e imputação não são a mesma coisa, apenas se tangenciam. A causa de pedir é elemento da ação penal, revelada essencialmente pelo fato descrito e pela sua qualificação, enquanto a imputação é a atribuição do fato descrito e qualificado a alguém. [...] O contato entre a imputação e a causa de pedir está no fato criminoso: a imputação é

pelo acusador de um fato penalmente relevante ao réu.²¹⁶ Seu conceito estende-se para além da simples questão fática (realidade histórica) e jurídica que o qualifica (atribuição da violação de uma norma penal incriminadora)²¹⁷ para se estabelecer como uma visão ampliada

atribuir a alguém um fato criminoso e a causa de pedir é composta por esse fato” (Ibid., p. 151-2). Em sentido similar, Badaró afirma, sobre a diferença entre os institutos, que eventual equiparação “deve ser buscada entre a causa petendi e o conteúdo da imputação – e não à própria imputação” (BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**, p. 79, nota 167). Por sua vez, para uns, o vocábulo acusação consiste no binômio “imputação” + “pedido de condenação e aplicação de pena” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 50; FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 153), enquanto, para outros, acusação e imputação traduzem o mesmo instituto processual (BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença**, p. 98, nota 2). De toda forma, certo é que a imputação exerce um papel fundamental no procedimento probatório, como assevera Adorno: “*Un ruolo nucleare nel procedimento probatorio svolge indubbiamente l'imputazione*” (ADORNO, Rossano. **L'ammissione della prova in dibattimento**, p. 13).

²¹⁶ Acerca de tal aspecto substancial da imputação na doutrina portuguesa, Marques da Silva afirma que: “Enquanto o direito penal tem que ver diretamente com a ordenação da vida em sociedade, qualificando, por forma geral e abstrata, os comportamentos humanos em função dos bens jurídicos que considera valioso e prescrevendo sanções para os comportamentos lesivos destes bens, o direito processual penal visa a disciplinar o procedimento para averiguação e decisão sobre a ocorrência dum fato histórico qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis por sua prática” (MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso da Processo Penal**. 3ª ed. e atual. Lisboa: Ed. Verbo, 1996. p. 16). No mesmo sentido, ainda em Portugal, ver ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos fatos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 74.

²¹⁷ Interessante a digressão histórica feita por Fernandes acerca da exigência da capitulação do crime como requisito mínimo da peça acusatória inicial que, embora esteja atualmente especificada no art. 41 do CPP, nem sempre foi vista dessa forma por nossa legislação e doutrina. Essa evidentemente é uma das razões pelas quais se mantém, até os dias atuais, a equivocada expressão de que “o réu se defende somente dos fatos imputados na denúncia, e não de sua classificação jurídica”. A qualificação tem diversas consequências relevantes em Processo Penal, como, por exemplo, se estabelecer a parte legítima para propor a demanda; o rito procedimental, que, por vezes redundará em benefícios ao réu; a possibilidade ou não de aplicação de medidas cautelares constritivas ou invasivas em detrimento do imputado; a eventual incidência do lapso prescricional; a fixação de competência (como o Júri, por exemplo); dentre outras, sendo evidente, portanto, o interesse defensivo do réu em contraditar a figura típica narrada e imputada na denúncia, eventualmente, se necessário, até mesmo através de produção probatória. Sobre a questão, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 214-9. Isso tudo porque, como bem assentado por Pozzer, a função do processo penal é “verificar se os fatos imputados são subsumíveis a um conceito abstrato do direito penal, e, portanto, constituem crime, pois, embora, quando da propositura da ação penal se faça um prévio juízo de valoração jurídico-material acerca do fato, não se pode afirmá-lo, declará-lo, como crime; o que só acontecerá na sentença penal trânsita em julgado, [...]” (POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 70). Em determinadas hipóteses, excepcionálíssimas, é verdade, deve-se admitir até mesmo a possibilidade de o direito ser objeto de prova, principalmente quando se imaginar casos envolvendo a criminalidade econômica, prolífica em normas penais em branco complementadas por atos normativos administrativos, que podem servir tanto para confirmar a prática da conduta vedada por lei, quanto para infirmá-la, consistindo eles elementos do tipo penal. Admitindo o fato de o direito ser eventualmente objeto de prova no Processo Penal, Greco Filho afirma que: “Excepcionalmente o direito pode ser também objeto de prova. Se se tratar de direito federal nunca; apenas se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita lhe faça a prova do teor e da vigência” (GRECO FILHO, Vicente, **Manual de processo penal**, p. 187). Neste mesmo sentido, ver BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da verdade no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 142. Em Processo Civil, Cambi, após sustentar que “as questões de direito não integram o objeto da prova, porque se presume que o direito é conhecido de todos”, afirma que “é possível concluir também que as partes têm direito de participar ativamente da conformação da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, podendo-se, inclusive, sustentar que os litigantes têm a oportunidade de colaborar com o juiz na interpretação e na descoberta do direito a ser aplicado. Todavia, não se trata de um ônus de colaborar, não obstante a falta de indicação, pela parte, da regra jurídica que lhe seja favorável ou da sua exegese (jurisprudencial ou doutrinária) possa lhe acarretar o prejuízo de não conseguir convencer o juiz de que tem razão, já que o julgador pode não conseguir ‘descobrir’ qual deva ser a regra jurídica a ser aplicada ou qual deva ser o modo de interpretá-la adequadamente” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 273-4). Ainda quanto ao ponto, note-se que o art. 376 do CPC de

acerca do tema.

Essa ampliação alberga também, dentro do conceito de pretensão acusatória, todas as circunstâncias que eventualmente serão consideradas pelo julgador para a definição da pena a ser aplicada em concreto ao acusado, até porque, ao acusador, não é legítimo pretender a condenação do réu a qualquer sanção penal, mas apenas àquela relacionada a circunstâncias referentes ao fato e ao agente.²¹⁸

Como bem ressaltado por Antonio Fernandes, “há uma situação substancial, formada por dados ligados direta ou indiretamente ao fato e ao agente, que irá determinar a pena a ser fixada na sentença”.²¹⁹

Tais circunstâncias tornam o contexto fático da prática de um delito absolutamente diverso de outro, fazendo com que sejam elas caríssimas à demanda criminal e, por isso, passem a integrar o objeto do Processo Penal.²²⁰

Isso se mostra evidente quando se verifica a atuação jurisdicional quando da dosimetria da pena. Embora se analise, primeiramente, no momento da prolação da sentença, a existência de prova suficiente de materialidade e autoria, bem como a adequação da conduta imputada – isto é, se ela é típica, ilícita e culpável²²¹ –, ao se concluir pela condenação do acusado, passa-se, então, a um extenso processo de individualização da pena.

Assim, todas as questões judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, que envolvem a culpabilidade do agente – seus antecedentes penais, sua conduta social e personalidade, bem como o comportamento da vítima, os motivos, circunstâncias e consequências do crime – poderão ser objeto dos debates processuais, uma vez que serão consideradas pelo magistrado na escolha da pena a ser aplicada.

Na mesma situação encontram-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem

2015 estabelece expressamente que “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

²¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 45. O autor afirma que tal questão seria aquilo que a doutrina alemã, configurando como objeto do processo, chama de “assunto da vida”, ou “sucesso unitário de vida”. Ainda sobre a questão, o autor afirmar que “a pretensão no processo condenatório é de que, julgada procedente a ação, seja imposta a pena ajustada ao caso” (Ibid., p. 297). Sobre o tema, Carulli afirma que “*lo scopo della difesa consiste nel preservare l'imputato da um trattamento ingiusto ed inadeguato*” (CARULLI, Nicola. **Il diritto di difesa dell'imputato**, p. 9).

²¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 298.

²²⁰ Nesse sentido, Weber Batista, afirmando que os “motivos que levam os réus a cometê-los, as condições em que são praticados e, sobretudo, as circunstancias ligadas à pessoa do agente fazem com que o furto de A não seja igual ao de B” (BATISTA, Weber Martins. “A prescrição no novo Código Penal”. In: _____. **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987, p. 1).

²²¹ Fernandes parece, em sentido mais restrito, excluir da pretensão acusatória os elementos da ilicitude e da culpabilidade ao afirmar que: “o objeto do processo é a pretensão processual assentada em uma situação substancial ampla que abrange os elementos do fato típico, a sua classificação e todas as circunstâncias de ordem material ligadas ao fato e ao agente responsáveis pela individualização da pena” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 46).

como eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, tanto gerais quanto especiais, desde que, obviamente, guardem relação com o fato penal narrado na exordial.²²²

Assim, claro é que não apenas o fato narrado e a norma penal que o qualifica compõem a pretensão acusatória,²²³ mas há também de se incluir nesta equação circunstâncias fáticas diversas que tangenciam a aplicação da pena, extremamente relevantes para as partes, já que, como bem alerta Fernandes, ser condenado a uma pena de reclusão de quatro anos, substituível por penas restritivas de direito, revela-se bem diferente do que amargar punição de dez anos de reclusão em regime inicialmente fechado.²²⁴

Note-se ainda que o simples fato de algumas dessas questões pertencentes ao objeto processual não virem expressamente descritas na denúncia – porque não exigidas como requisitos mínimos da exordial pelo art. 41 do CPP – não impede que sejam consideradas como partes essenciais da pretensão processual.²²⁵ É o que ocorre, por exemplo, com a afirmação implícita do acusador, na inicial, acerca da inexistência concreta de circunstâncias fáticas aptas a excluir a ilicitude ou a culpabilidade da conduta imputada.²²⁶

Delimitado, portanto, o objeto do Processo Penal com base em uma visão ampla da pretensão acusatória, que engloba tanto a imputação de um fato típico, ilícito e culpável quanto todas as questões fáticas que devem ser consideradas pelo magistrado quando da aplicação da pena, resta evidente que o *thema probandum*, ou objeto de prova, guardará com ele relação umbilical.²²⁷

²²² Sobre a dosimetria da pena e suas regras de aplicação, ver AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 1998. Note-se que, acerca de tais critérios, apenas as causas de aumento e diminuição de pena deverão expressamente constar da denúncia para serem aplicadas, uma vez que as circunstâncias judiciais (CPP, art. 59) ganharam tal nomenclatura exatamente porque não precisariam ter sido alegadas pelas partes para serem reconhecidas na sentença. Além disso, o art. 385 do CPP determina que as agravantes e atenuantes podem igualmente ser reconhecidas de ofício. Neste sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 275.

²²³ BAUMANN, Jorgen. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 268-78.

²²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 47. Esse parece ser também o entendimento de Polastri Lima, para quem “não somente o fato criminoso praticado e a autoria do mesmo devem ser objeto de pesquisa através da prova, mas também as as circunstâncias subjetivas e objetivas que circundam o fato praticado, ou tudo que seja importante para a descoberta da verdade provável e apuração da responsabilidade do agente, visando à aplicação da pena ou medida de segurança, excluídas as questões não relevantes para o deslinde da lide” (LIMA, Macellus Polastri. **A prova penal – de acordo com a reforma processual penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 25).

²²⁵ Neste sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 46.

²²⁶ Quanto às hipóteses de excludente da ilicitude, embora Fernandes expressamente sustente que a defesa, ao afirmá-las, estaria ampliando “a matéria de conhecimento do juiz” (Ibid., p. 180), parece que tais circunstâncias sempre comporão o objeto do Processo Penal, ainda que não alegadas pela defesa, uma vez que implicitamente negada sua existência pelo acusador na exordial. Até porque, de forma geral, na locução de Dinamarco, o objeto do processo constitui aquilo “que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá afinal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, p. 239).

²²⁷ Nesse sentido, a Corte Constitucional italiana reconheceu tal nexos em duas decisões nas quais afirmou que, havendo modificação na imputação, haverá expansão no direito das provas das partes: *Corte cost. 3 giugno 1992*, n. 241 (**Cassazione Penale**, 1993, p. 1061); *Corte cost. 20 febbraio 1995*, n. 50 (**Cassazione Penale**,

Dessa forma, qualquer circunstância fática apta a influenciar o magistrado quando do sentenciamento²²⁸ comporá a pretensão acusatória e, por isso, poderá igualmente ser objeto de prova pelo acusado, seja para comprová-la ou refutá-la, uma vez que o direito do réu de “se defender provando” engloba não somente seu interesse em ser absolvido, mas também, o de, se comprovada a sua culpa, lhe ser aplicada a menor reprimenda possível.²²⁹

Por fim, relevantes são também as hipóteses fáticas que se remetem a questões atinentes à aplicação de regras e normas processuais,²³⁰ isto é, os chamados “fatos processuais”,²³¹ que, por afetarem diretamente a cognição judicial, devem ser igualmente admitidos como elementos do *thema probandum*.

Encontram-se nessa hipótese, por exemplo, fatos que demonstrem a ilicitude da colheita ou produção de determinado elemento probatório, cuja exclusão se exige na forma do art. 157 do Código de Processo Penal. Imagine-se, neste diapasão, a necessidade de se comprovar, através de uma prova testemunhal ou documental (v.g., reprodução de áudio ou vídeo) que a prisão em flagrante, que originou a demanda penal, é inválida, tornando, assim, por consequência, ilícitas todas as provas que dela decorreram, ou, então, que a forma como se acautelou a prova advinda do procedimento de interceptação telefônica violou a cadeia de custódia.²³²

Tratam-se de circunstâncias cruciais para a legítima consolidação do substrato

1995, p. 1472). Melhor seria se nossa legislação tivesse estabelecido, normativamente, a extensão do *thema probandum*, como fez a lei processual penal italiana, ao estabelecer, no art. 187 do CPPi, o quê consistiria o objeto de prova. Essa é a razão pela qual Grevi aponta tal dispositivo como um “*cardine primario per l'intero sistema delle prove*” naquele ordenamento jurídico (Grevi, Vittorio. “Libro III: Prove”. In: CONSO, G.; GREVI, V. (a cura di). **Profili del nuovo codice di procedura penale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 200).

²²⁸ Sobre tais circunstâncias, interessante é a observação de Fernandes: “Quando se passa do plano material para o plano processual em face de um fato concreto, esse acontecimento histórico, esse recorte da vida do agente, além de conter os elementos do fato típico e estar individuado por dados da ordem espaço-temporal, é cercado de circunstâncias outras, antecedentes, concomitantes e consequentes, ligadas ao fato e ao seu autor, e que o sistema considerou relevantes para o juiz aplicar a pena na sentença. Tais circunstâncias são, de uma ou outra forma, reveladas desde a fase de investigação, mas o esquema processual as deixa submersas durante o desenrolar da causa, só aflorando quando o juiz as traz à tona na sentença condenatória para determinar a pena” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 34).

²²⁹ Nesse sentido, Fernandes: “Durante o processo, entre a acusação e a sentença, deve-se assegurar a plena e eficaz reação defensiva. Não só contra o fato da imputação, mas também contra a qualificação e contra circunstâncias importantes para a pena, evitando ser o acusado surpreendido, ao final do processo, com sanção muito superior à esperada” (Ibid., p. 35).

²³⁰ ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 11. Os exemplos que a doutrina italiana traz acerca do tema seriam: (i) a comprovação do endereço do imputado para fins de validação da sua notificação; (ii) configurações da validade do flagrante; (iii) o dia em que o querelante tomou conhecimento do fato, para fins do prazo para o oferecimento da ação; (iv) fatos envolvendo coerção das testemunhas, bem como outras circunstancias que levem à ilicitude da prova (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 31).

²³¹ CATALANO, Elena Maria. “L’accertamento dei fatti processual”. **Indice penale**, n. 2, p. 521 e ss, 2002).

²³² Sobre a doutrina nacional aplicada ao tema “cadeia de custódia das provas” e à possibilidade de se contaminar as provas produzidas, ver PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

probatório sob o qual incidirá o convencimento judicial, fazendo com que a inclusão dos fatos processuais como um dos elementos do objeto de prova seja a assunção de que o processo, por vezes, volta-se para si mesmo, para suas próprias regras. Respeitá-las, não raro, significa garantir a confiabilidade do acerto da verdade (fundamento epistemológico) e a salvaguarda de interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal (fundamento substancial).²³³

De todo o exposto, pode-se concluir que os seguintes elementos compõem o *thema probandum*: (i) todas as circunstâncias que envolvem a existência do fato imputado, bem como sua autoria;²³⁴ (ii) questões fáticas que guardem relação com a constituição ou afastamento da conduta criminosa, isto é, com elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade;²³⁵ (iii) circunstâncias fáticas que influenciem na dosimetria da pena; e, por fim, (iv) os “fatos processuais” que possam, eventualmente, influenciar a análise da licitude do substrato probatório pelo magistrado.²³⁶

²³³ “*Ne esalta la componente autoreferenziale: il processo si concentra anche su se stesso, consapevole che il rispetto delle proprie regole è strumentale all’affidabilità dell’accertamento ed alla salvaguardia di ben precisati valori, quasi sempre costituzionalmente tutelati, e, entro certi limiti, preminenti sul fine ideale di applicazione della legge penale sostanziale*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 15-6). Neste sentido, no caso *Mirilashvili v. Russia*, a CEDH apontou a necessidade de deferimento de prova que vise comprovar questões que possam afastar a admissibilidade da prova utilizada no julgamento, conforme se pode verificar no seguinte trecho extraído do referido julgamento: “*Not only should the evidence be directly relevant to the facts of the case and examined in an adversarial procedure, but also other evidence that might relate to the admissibility, reliability and completeness of the former*” (CEDH. **Mirilashvili v. Russia**, 6293/04, 11/12/2008). Em sentido similar, ver CEDH. **Windisch v. Austria**, 12489/86, 27/09/1990; **Dowsett v. the United Kingdom**, 39482/98, 24/06/2003; **Verhoek v. the Netherlands** (dec.), 54445/00, 27/01/2004.

²³⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por exemplo, no caso *Kawas-Fernández*, inadmitiu a juntada de artigos de jornais requerida pela parte, em razão de ser “não relacionada com o enquadramento fático do caso” (CIDH. “*Kawas-Fernández v. Honduras, Merits, Reparations and Costs*”. **Judgment**, [ser. C] n. 196, 10/04/2009). Em sentido similar, ver CIDH. “*Landaeta Mejías Brothers et al. v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*”. **Judgment**, (ser. C) n. 281, 27/08/2014; CIDH. “*Cantos v. Argentina: Merits, Reparations and Costs*”. **Judgment**, (ser. C) n. 97, 28/11/2002.

²³⁵ Porque, como bem ressaltado por Cambi, no Processo Civil, “os fatos constitutivos da demanda e os fatos que fundam as exceções são definidos em função da configuração substancial da fattispecie que vem deduzida em juízo. Com efeito, sempre pelas normas de direito substancial é que se podem estabelecer quais são os fatos juridicamente relevantes” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 323). No sistema italiano, Furgiele afirma que: “*La prova, poi, deve riguardare i fatti che si riferiscono alla ‘punibilità dell’imputato’, al fine di accertare se ricorrano condizioni oggettive o soggettive che la escludano: ad esempio, la configurabilità di cause di giustificazione o di non punibilità, ovvero l’incapacità di intendere e di volere*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 30).

²³⁶ Adorno afirma que: “*Ma nella vasta costellazione del probandum, come si è detto, accanto al tema principale trovano posto i temi secondari (o probatori), che possono disporsi ‘in sequenza’ o ‘a raggiera’, e i temi che ineriscono alla punibilità, al trattamento sanzionatorio, alla responsabilità civile derivante da reato e all’applicazione di norme processuali*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 23). Note-se que não se abordou, como um elemento autônomo do *thema probandum*, as questões relativas ao eventualmente arbitramento do dano a ser ressarcido, pelo acusado, à vítima, na forma do art. 387, inc. IV do CPP, porque, ainda que de constitucionalidade duvidosa a aplicação de tal dispositivo – na medida em que não parece que venham sendo respeitadas, na prática, questões acerca da inércia da jurisdição, legitimidade do acusador para a proposição do ressarcimento em nome da vítima individualizada, e contraditório –, para o

Assim, a premissa de que todos os pontos supramencionados, por configurarem o objeto de prova em Processo Penal, revelam a verdadeira extensão do direito à prova defensiva nas ações penais condenatórias, mostra-se extremamente valiosa para subsidiar a posterior análise da ilegitimidade de algumas hipóteses legais e jurisprudenciais de inadmissão da prova requerida pelo acusado.

2 O DIREITO À ADMISSÃO DA PROVA DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como ressaltado por Ferrer Beltrán, dentre os elementos componentes do direito à prova das partes encontra-se o direito da parte de se utilizar de todas as provas disponíveis para demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua tese,²³⁷ criando-se, assim, como um corolário evidente a tal premissa, o direito da parte à admissão probatória.

Todavia, como não se pode admitir a existência de direitos absolutos²³⁸, serão analisados no presente capítulo os fundamentos e hipóteses legais que delineiam, em nosso ordenamento jurídico, as limitações ao direito à admissão da prova requerida pelo acusado.²³⁹

2.1 A crítica ao “garantismo integral” como fundamento para relativização do direito à admissão da prova defensiva

O amplo exercício do direito de defesa pelo réu, por óbvio, não é ilimitado, podendo sofrer restrições quando em choque com demais princípios e interesses constitucionais que possam prevalecer em determinado caso concreto, uma vez que o abuso do exercício de um direito, ainda que processual, deverá sempre ser coibido pelo ordenamento. Até porque a existência de um direito processual ilimitado remonta a tempos remotos, nos quais se impunha a vingança privada e sequer se podia falar propriamente em processo.²⁴⁰

Entretanto, não há dúvida nenhuma de que o tema “abuso do direito no Processo

²³⁷ Além do elemento supramencionado, o referido autor aponta que também decorrem do direito à prova: (i) o direito a que as provas requeridas sejam efetivamente produzidas na fase processual; (ii) o direito à valoração racional das provas; e (iii) o direito à fundamentação judicial (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**, p. 54-9).

²³⁸ Bobbio apontava a existência de apenas dois direitos fundamentais absolutos: não ser torturado e não ser escravizado (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 187)

²³⁹ Como bem ressaltado por Greco, “limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 7).

²⁴⁰ Leão sustenta que, nos “primeiros tempos, quando o indivíduo trazia em si enfeixado o poder de fazer valer, por sua própria mão, o direito, quando inexistia o Estado com poder jurisdicional, a defesa era imediata à ofensa praticada, [...] não conhecia limites e estendia-se não só aos violados, como aos seus parentes” LEÃO, Nilzardo Carneiro. **Princípios do processo penal**. Recife: Imprensa Universitária, 1960, p. 26-7. Ver também MAIER, Julio B. J. **La ordenanza Procesal Penal Alemana**: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos. Buenos Aires: Depalma, 1978, v. 1, p. 15, nota 1.

Penal” nunca recebeu muita atenção por parte da doutrina pátria,²⁴¹ sendo certo que mesmo a doutrina estrangeira, embora venha desenvolvendo, de forma paulatina, sua exploração,²⁴² em regra não tem tratado tal vertente sob a ótica do direito à prova, mormente quando requerida pelo deficiente.

Isso se deve muito à ausência, na processualística penal, do desenvolvimento de uma regulamentação acerca do tema – como verificada, por exemplo, no Processo Civil²⁴³ – na qual se estabeleça quais seriam os deveres das partes penais frente aos demais sujeitos da relação jurídico-processual,²⁴⁴ bem como as eventuais punições aplicáveis em caso de seu eventual desrespeito.

Todavia, mesmo não havendo estudos aprofundados acerca do abuso do direito de defesa, diversos questionamentos surgem, quando da praxe forense, acerca dos limites da atividade probatória defensiva, o que acaba por gerar a utilização por nossos tribunais de critérios muitas vezes arbitrários, fulcrados em uma necessidade prática de se garantir a mínima efetividade da justiça penal.

Com base em igual objetivo, por exemplo, a jurisprudência alemã tem aplicado o princípio da proporcionalidade para admitir a restrição a direitos e garantias individuais em casos que envolvem a alta criminalidade,²⁴⁵ podendo-se verificar, inclusive, em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, previsões legislativas similares que incorporaram tais ponderações em abstrato, tudo em favor de um suposto interesse público.²⁴⁶

²⁴¹ Em uma das pouquíssimas obras sobre o tema, ver SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁴² Nesse sentido: “[...] *il ciclico ritorno del tema dell’abuso tra gli snodi problematici delle riflessioni sul processo civile non trova un equipollente sul versante della speculazione dottrinale sul processo penale, che solo di recente si è impegnata nell’esplorazione di talune manifestazioni dell’abuso del processo*” (CATALANO, Elena Maria. **L’abuso del processo**. Milano: Giuffrè, 2004, p. 1).

²⁴³ Nesse sentido, ver SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 2.

²⁴⁴ Sendo certo que parte da doutrina já até vislumbrou a absoluta impossibilidade do desenvolvimento de uma teoria geral do abuso de direito no processo penal. Theodoro Junior, sobre a questão, asseverou que: “No processo penal inexistente a previsão de deveres processuais explícitos a cuja infração se tivesse atribuído o caráter de litigância temerária para efeito de sanções específicas. Há alguns casos avulsos de repressão a certas condutas censuráveis de Juiz, de órgão do Ministério Público, parte e escrivão, que, entretanto, não permitem a configuração de uma teoria geral do abuso de direito processual” (THEODORO JUNIOR, Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa [Org.] **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 112.

²⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992, p. 28. Tendência essa de relativização dos direitos processuais do acusado em casos envolvendo a criminalidade organizada, resguardada por um apoio da opinião pública, que foi ressaltada, sob críticas, por GOMES FILHO, Antonio Magalhães. (**Direito à prova no processo penal**, p. 71). Inclusive, como citado pelo próprio autor, o art. 190 bis do CPP italiano, introduzido pela Lei 356, de 07/08/92, trata-se de um belo exemplo dessa corrente punitiva, ao admitir, em crimes mais graves, a utilização, como prova, de declarações produzidas em fase pré-processual.

²⁴⁶ SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Ed; Coimbra, 1989, p. 56 e ss.

Embora não se negue a importância de autorizadas vozes que apoiam tais medidas,²⁴⁷ entendemos que, se por um lado devem ser buscados métodos mais eficazes de investigação de certas modalidades delitivas (que apresentam estruturas de execução claramente mais complexas, com a utilização de métodos de ocultação e fraude, ingerência em setores estatais estratégicos etc., circunstâncias estas que evidentemente dificultam sua apuração, em contraste àquelas atinentes à criminalidade clássica²⁴⁸), por outro lado, não há qualquer justificativa válida para que, no plano processual, certos direitos e garantias individuais do réu sejam diminuídos somente em razão do tipo penal a ele imputado,²⁴⁹ uma vez que as normas processuais penais visam precipuamente a proteger o inocente da aplicação injusta de sanção penal, não se despidendo qualquer acusado de tal característica até a comprovação definitiva da sua culpa em juízo.²⁵⁰

²⁴⁷ Barbosa Moreira chega a sustentar, inclusive, a possibilidade de utilização de provas ilícitas a favor da acusação em hipóteses de crimes envolvendo organizações criminosas, sob a justificativa de um desequilíbrio entre estas e o Estado-acusador. Para o autor, “o raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas: atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas sem dúvida possuem armas muito mais abundantes e poderosas que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A constituição e as provas ilicitamente obtidas”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 205, p. 15, jul.-set. 1996). Em princípio, discorda-se do posicionamento do celebrado autor, visto que, como bem sustenta Luís Roberto Barroso: “O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. [...] Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes do País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento consociacional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de ‘lege ferenda’, enveredar por flexibilizações arriscadas” (BARROSO, Luís Roberto. “A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 213, p. 149-63, jul.-set. 1998). Neste sentido, Nucci afirma também que: “[...] não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 90).

²⁴⁸ Robinson, sustentando a utilização de métodos mais eficazes de repressão criminosa ante à chamada “globalização criminosa”, afirma que: “Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos” (ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2001, p. 19).

²⁴⁹ Quanto mais em matéria probatória, em que se verifica a flagrante hipossuficiência do acusado. Sobre a hipossuficiência do réu, Nucci afirma que: “Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, p. 82).

²⁵⁰ Em sentido similar, Fernandes afirma que: “Ao mesmo tempo em que admite a necessidade de serem buscadas alternativas próprias para o combate a essa criminalidade [organizada e estruturada], constitui elemento de tensão a necessidade de serem mantidas as conquistas da humanidade no sentido de assegurar ao indivíduo as garantias mínimas e essenciais do devido processo legal, entre elas a reação defensiva eficaz. Por isso, o

A natureza dualística do Processo Penal configura um de seus traços mais marcantes, uma vez que, ao mesmo tempo em que deve regulamentar instrumentos que possibilitem a futura aplicação do poder de punir, busca garantir também, no curso da persecução penal, o pleno exercício de defesa do acusado, revelando-se, assim, tal ramo do Direito, um verdadeiro termômetro da sociedade em que é inserido,²⁵¹ um pêndulo que “oscila na história entre a prevalência de um ou de outro”.²⁵²

Neste diapasão, evidente que o ideal é que se consiga estabelecer um sistema processual penal que possa equilibrar, de forma eficaz, a eficiência e o garantismo pleno.²⁵³ Entretanto, em que pese a flagrante dificuldade de se obter tal desiderato, não se pode admitir que a persecução penal, em um Estado Democrático de Direito, como se presume o nosso, desenvolva-se sem a existência de garantias processuais que possibilitem uma reação ampla do acusado à imputação.²⁵⁴

Contudo, infelizmente, verifica-se atualmente uma tendência no Brasil de se redimensionar, de forma ilegítima, as garantias individuais no Processo Penal por meio da adoção daquilo que se optou por chamar de “garantismo integral”.²⁵⁵ Essa figura muito se

tratamento excepcional da criminalidade organizada não se ajusta ao objeto deste trabalho, assentado na premissa de que a eficácia da reação defensiva pressupõe regime constitucional garantista, com respeito ao devido processo legal” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 98).

²⁵¹ Como afirmado por Nicolini, o processo penal fornece “*il termometro esatto della logica, della morale e delle istituzioni di un popolo*” (NICOLINI, N. “Della progressione logica della procedura penale”. In: **Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie**. Napoli, 1851, v. 1, p. 5 *apud* GIULIANI, Alessandro. “Prova (filosofia del diritto)”. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1988, v. 37, p. 521. Como bem ressaltado por Fernandes, “em um momento, o processo penal é marcado por garantias e visto como instrumento necessário para a defesa do acusado, sendo papel fundamental do juiz o de assegurar-lhe o pleno exercício de seus direitos. Em outro momento, acentua-se o caráter punitivo do processo, que serve para o Estado punir os malfeitores, e cabe ao juiz colaborar no combate ao crime” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 21).

²⁵² *Ibid.*, p. 21.

²⁵³ Como bem ressaltado por Damaška, o equilíbrio entre eficiência e a proteção dos direitos do defendente “*is part and parcel of the dialects of any criminal process*” (DAMAŠKA, Mirjan. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 121, p. 576, 1973).

²⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 21.

²⁵⁵ Dentre outros, ver FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p.25-50; FISCHER, Douglas. “Garantismo penal integral (e não garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 14 ago. 2018; FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MAGALHÃES, Vlamir Costa. “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 1, p. 202-23, 1998; LENARTO, André. **Garantismo à brasileira**. Disponível em <<https://reservadejustica.wordpress.com/tag/garantismo-a-brasileira/>>. Acesso em: 30 mar. 2010; MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo integral”.

assemelha ao movimento verificado na Europa no início do século passado, originado pela Escola Positiva – inspiradora, inclusive, do nosso Código de Processo Penal de 1941 –, que, vislumbrando a utilização do direito penal e do processo penal como instrumentos de defesa da sociedade frente à criminalidade, contrapôs-se ao pensamento garantista sustentado então pela doutrina clássica,²⁵⁶ passando a propor a restrição a princípios como o contraditório, presunção da inocência etc., vistos como contrastantes ao interesse público.²⁵⁷

Assim, no bojo das críticas feitas à impunidade dos crimes de colarinho branco, muito mais ligadas à flagrante inaptidão técnica dos órgãos ligados à repressão penal do que a uma suposta benevolência judicial com tais crimes ou agentes, em meados da década de 1990 do século passado, cunhou-se a pejorativa expressão “garantismo à brasileira”²⁵⁸ – ou aquilo que Douglas Fischer chama de “garantismo hiperbólico monocular”²⁵⁹ –, que, segundo os detratores da então forma de aplicação das regras penais pelos tribunais nacionais, buscava legitimar a impunidade dos crimes econômicos, ligados à elite, através de uma desproporcional exaltação da liberdade individual, autorizando, indevidamente, o abuso do exercício do direito de defesa.

Assim, passou-se a se propor uma suposta releitura da tese garantista²⁶⁰ de Ferrajoli, externada principalmente no clássico livro *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*,²⁶¹

In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 171-92.

²⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 34. Interessante se revela o trecho irônico de FERRI em comentário à doutrina clássica: “No campo científico, o movimento reformador afirmou-se, desenvolveu-se e organizou-se mais pujantemente com a corrente que eu chamei por reverência “a Escola Clássica Criminal”, e que na Itália marcou o seu ciclo glorioso com uma plêiade de grandes criminalistas de César Beccaria (f. 1764) a Francesco Carrara (f. 1888) e Henrique Pessina (f. 1916). Essa formidável corrente filosófico-jurídica chegou aos maiores exageros, instaurando quase a magna carta dos delinquentes em face da sociedade” (FERRI, Enrico. **Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Paolo Capitanio [Trad.]. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 51).

²⁵⁷ FLORIAN, Eugenio. **Principi di diritto processuale penale**. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1932, p. 74.

²⁵⁸ Vê-se a reiterada utilização pela doutrina crítica da adjetivação “à brasileira” ao lado de conceitos clássicos para traduzir a forma com que institutos importados de ordenamento jurídicos alienígenas são aplicados em território nacional sem as necessárias adaptações. Utilizando-se essa expressão: COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. “Garantismo à brasileira: uma análise crítica à luz da aplicação do princípio da insignificância”. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 165-187, set.-dez. 2016.

²⁵⁹ Nas palavras de Fischer: “Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 34).

²⁶⁰ Conforme assenta Abellán, “[el] garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad [...]” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 22.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002

desenvolvendo-se a ideia de que respeitar os direitos fundamentais necessariamente envolveria a efetiva proteção àqueles interesses e bens de natureza coletiva, e não somente aos que, ainda segundo tal parte da doutrina, tutelassem a liberdade individual do réu – visto, por eles, quase como um interesse processual particular –, uma vez que tal visão “monocular” refletiria somente uma “primeira aproximação” do garantismo.²⁶²

Nesse sentido, para Feldens, ser garantista “não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado”.²⁶³

Ainda segundo os defensores de tal tese, ao privilegiar os direitos dos acusados, os tribunais estariam decidindo sem racionalidade, protegendo somente direitos individuais, em detrimento dos demais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.²⁶⁴

Vê-se, portanto, nessa “releitura” do garantismo de Ferrajoli, traços da teoria penal dos mandados de criminalização.^{265,266} Para tal corrente, em respeito ao princípio da proporcionalidade,²⁶⁷ se, por um lado, deve-se proibir o excesso estatal no sistema penal (*Übermassverbot*), limitando-se as restrições das liberdades individuais, tanto no campo da

²⁶² Para Douglas Fischer: “[...] como uma primeira aproximação, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de primeira geração) estabelecidos precipuamente na Constituição da República” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 26).

²⁶³ Luciano Feldens, **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**, p. 66.

²⁶⁴ FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 27.

²⁶⁵ Cita-se como umas das primeiras manifestações de tal teoria, a decisão “*Schwangerschaftsabbruch I*” do Tribunal Constitucional Alemão, de 25 de fevereiro de 1975, quando foi julgada inconstitucional a introdução do parágrafo 218º ao Código Penal alemão, que criava nova dirimente ao aborto. Segundo o tribunal, haveria mandados de criminalização implícitos na norma constitucional que obrigavam o legislador ordinário a utilizar-se do direito penal quando determinados bens jurídicos extremamente relevantes não fossem suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Neste sentido, ver SCHWABE. J. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Nota-se, todavia, que tal posicionamento já veio fulcrado na concepção da doutrina constitucionalista das Cartas dirigentes, ou seja, da eficácia normativa imediata das normas constitucionais. Sobre a aplicação de tal teoria no Brasil, ver MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. “A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção”. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 5, p 43-68, 2014; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Fórum, 2008.

²⁶⁶ Feldens aponta claramente a ligação entre essa nova visão acerca do garantismo e a teoria dos mandados de criminalização (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**, p. 53).

²⁶⁷ Segundo Fischer: “Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas pouco diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *untermassverbot* – é proporcional) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 39).

criação de normas jurídicas pelo Poder Legislativo, quanto na exigência de aplicação de penas proporcionais ao delito causado pelo Poder Judiciário; por outro, deve-se vedar também a proteção deficiente dos bens jurídicos constitucionalmente previstos (*Untermassverbot*).²⁶⁸

Os mandados de criminalização,²⁶⁹ então, traduziriam determinados conteúdos, de interesse público, sobre os quais não haveria sequer espaço de discricionariedade por parte do Legislativo,²⁷⁰ obrigando este Poder a criar normas jurídicas em matéria penal efetivamente hábeis a proteger tais interesses relevantíssimos albergados pela Magna Carta,²⁷¹ ainda que para isso sejam afastados alguns direitos individuais.

É verdade que tal reação punitivista sempre se viu no mundo jurídico, ainda que muitas vezes disfarçadas no meio acadêmico, com o apoio a programas penais, por vezes encampados por nosso Legislador, de recrudescimento de sanções e criação, quase que compulsiva, de novas figuras delitivas, sempre estimulados por parcela grande da população que ainda se ilude com o eventual sucesso de um Direito Penal simbólico.

Mas o quadro de corrupção endêmica²⁷² no Brasil,²⁷³ complementado, e até mesmo

²⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>> Acesso em: 10 maio 2014. Na jurisprudência brasileira, cita-se, como primeiro vislumbre da aplicação da teoria dos mandados de criminalização, o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, proferido nos autos do *Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS*, no qual, em hipótese que envolvia crime contra os costumes, ao sustentar a inaplicabilidade de uma interpretação extensiva da causa da extinção da punibilidade, então prevista no art. 107, inc. VII do CP, para equiparar união estável a casamento, afirmou que, caso se deferisse o pleito do recorrente, estaria “caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”. Ainda segundo o Ministro, em determinadas hipóteses, como aquela posta a julgamento, “o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental” (STF – Pleno, **RE n. 418.376/MS**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 09/02/2006).

²⁶⁹ Embora controverso, Moraes admite até mesmo a existência de mandados implícitos de criminalização, ao afirmar que: “os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. “A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção”. **Revista Jurídica ESMP-SP**, p. 61). Entretanto, em razão da evidente ineficácia do sistema penal aos fins que ele deveria se propor, simplesmente rechaça-se, aqui, a possibilidade de eleição por parte dos magistrados de supostos mandados de criminalização implícitos que autorizariam, por via transversa, o afastamento de normas legitimamente criadas pelo Poder constituído para tal, o Legislativo. Como será visto ao longo de todo o texto, rechaça-se veementemente o chamado ativismo judicial descrriterioso, visto atualmente em nosso País.

²⁷⁰ Novamente conforme manifestação proferida pelo ministro Gilmar Mendes, agora nos autos da *ADI n. 3112/DF*: “Os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitação à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais [...]” (STF – Pleno, **ADI n. 3112/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26/10/2007).

²⁷¹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 152.

²⁷² Embora encontrem-se ainda poucos livros que abordem a fundo o fenômeno social da corrupção no País, Filgueiras, em análise de arquétipos sociais, sustenta que teríamos três gradações da corrupção: a) a controlada, hipótese em não haveria antinomia entre normas morais e a prática social, o que pressupõe uma “sociedade estoica e dirigida pelos deveres, funcionando como uma espécie de modelo normativo perfeito, mas que não encontra efetividade no mundo real”; b) a tolerada, em que já se encontra a citada antinomia, mas na qual os “atores sociais são capazes de concordar com os valores fundamentais da política, mas, no plano prático, não

insuflado, pela citada criminalidade econômica, fez com que parte da doutrina nacional mirasse seus canhões para o Processo Penal,²⁷⁴ vislumbrando que, em verdade, a absoluta falta de eficácia do sistema penal, consubstanciada na impunidade dos agentes sociais que praticam tais crimes, daria-se não mais em razão da insuficiência das penas abstratamente cominadas por nosso legislador, mas sim, em função de uma suposta quantidade enorme de regalias e benesses processuais que os imputados pelos referidos delitos desfrutariam no curso do trâmite processual²⁷⁵.

transformam esses significados morais em uma prática efetiva”; e c) a endêmica, em que “a antinomia entre valores e necessidades desaparece pela ausência de significados morais para a vida social e uma prática predatória, marcada por baixa solidariedade” (FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010462762009000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 out. 2017.

²⁷³ Nas palavras de Faoro, que liga a corrupção no Brasil às origens históricas de nossa colonização portuguesa: “Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção é um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição estamental e tradicional herdada do mundo ibérico”. Ainda segundo o autor, “o patrimonialismo no Brasil é o resultado de uma relação entre Estado e sociedade em que o primeiro oprime a segunda pela reprodução de um sistema de privilégios e prebendas, destinadas aos estamos alojados na burocracia estatal. Esse estamento burocrático coordena e administra o Estado sem conhecer regras impessoais e racionais, que separem os meios de administração e a função burocrática propriamente dita. O resultado do patrimonialismo é que a corrupção faz parte de um cotidiano de nossa constituição histórica” (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** São Paulo: Globo, 2001, p. 825-7). Moraes, assim, vislumbra que a punição severa do crime de corrupção, exatamente porque expressamente mencionado no Tratado de Mérida como compromisso por parte do Estado brasileiro, traduz uma hipótese de mandado de criminalização que não vem sendo efetivamente respeitado por nosso Legislativo, razão pela qual o autor sustenta que: “criminalizar o enriquecimento ilícito, rotular a corrupção como crime hediondo e, antes de tudo, criar a cultura de punição do crime do colarinho branco, dos crimes patrimoniais praticados por agentes públicos, evidentemente contribuirão para a mudança da percepção de um Direito Penal simbólico, seletivo e de exclusiva punição de pobres criminosos” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. “A teoria dos mandamentos de criminalização e o combate efetivo à corrupção”. **Revista Jurídica ESMP-SP**, p. 66). Um dos fundamentos utilizados para se sustentar essa chamada “vendeta” contra a corrupção é que tal prática afetaria diretamente os grupos sociais excluídos – formadas por minorias étnicas, mulheres, idosos –, exatamente porque geraria ainda mais escassez ao seu acesso aos serviços essenciais, uma vez que os cofres do Estado restariam desabastecidos. Novamente Moraes, neste sentido, transcreve parte de discurso de Navi Pillay, alta comissária da ONU, proferido durante a 22ª Sessão do Conselho de Direito Humanos da ONU, realizada em Genebra em 2013: “A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, estes princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção” (Ibid., p. 54).

²⁷⁴ Um exemplo clássico disso, e muitas vezes já criticado, é o próprio texto de Moro, juiz ícone da “Operação Lava Jato”, cujo título é “O problema é o processo” (MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo.** Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 17 jul. 2018).

²⁷⁵ Magalhães relaciona a visão garantista da doutrina nacional com uma suposta reação à efetiva punição à chamada macro-delinquência praticada pelas camadas mais abastadas: “Ademais, é interessante notar que todo este esforço contrário ao estabelecimento da tutela penal em face dos abusos cometidos no âmbito econômico-empresarial surge, com fachada falsamente garantista, exatamente no momento histórico em que o Direito Penal começa a abordar não só os microinfratores de outrora (em regra, negros, miseráveis e analfabetos), mas também a macrodelinquência no seio da qual avultam criminosos dotados de grande potencial econômico-político e infrações de larga nocividade social” (MAGALHÃES, Vlamir Costa. “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”. **Revista da EMERJ**, 1998).

Ou seja, ao invés de se assumir as deficiências e incapacidades dos próprios agentes estatais responsáveis pela persecução penal, buscou-se, com vistas a supostamente “reequilibrar” o jogo da relação processual, diminuir a capacidade de defesa do réu, afastando-se, ou simplesmente ignorando-se, diversas previsões legais e constitucionais advindas do devido processo legal em busca de uma pretensa eficiência punitiva.

A verdade é que o chamado “garantismo integral” busca, de certa forma, aquilo que Hassemer já vislumbrara através de sua tese acerca do “direito de intervenção”, com os adeptos da releitura garantista esquecendo-se, todavia, da necessária ponderação do mencionado autor de que a relativização dos direitos processuais do acusado apenas se legitimaria caso, ao lado de uma maior abreviação do procedimento, fossem diminuídas também as sanções aplicadas no âmbito do Direito Penal.²⁷⁶

Ressalte-se ainda que tal “releitura” das ideias de Ferrajoli parte de premissas diversas daquelas adotadas pelo celebrado autor italiano, principalmente no que tange aos escopos do Processo Penal.

Para o garantismo integral, o Processo Penal apresentaria uma relação de instrumentalidade intensa com o Direito Penal,²⁷⁷ razão pela qual sua ineficiência traria consequências gravosas na proteção das normas penais e dos relevantes bens jurídicos por elas tutelados.²⁷⁸ A releitura da tese do autor italiano então buscaria a “máxima potencialidade do direito à efetividade”, consubstanciado no interesse social em se obter uma prestação jurisdicional célere e eficaz.²⁷⁹

Embora seus defensores sempre repitam a necessidade de se proteger também os

²⁷⁶ Razão pela qual, inclusive, Hassemer afirma que tal espécie de ordenamento sancionador estaria num patamar intermediário entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. Nas palavras do autor: “O direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude” (HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 43/22, 1993). Também sustentando a mesma ideia, ver MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

²⁷⁷ Neste sentido, Mendonça chega a afirmar que “a relação instrumental entre o Direito Penal e o Processo Penal é ainda mais forte que as relações que existem no âmbito do Direito Privado e do Processo Civil” (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 171-2).

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 172.

²⁷⁹ Neste sentido, Mendonça diz que: “A sociedade possui interesse em que seja obtida uma prestação jurisdicional célere e eficaz, pois é relevante esclarecer se houve ou não violação de seus bens jurídicos e, em caso positivo, que seja punido devidamente o autor” (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 175).

interesses do acusado,²⁸⁰ parece que estes últimos são relegados a um segundo – ou terceiro – plano, na medida em que os adeptos do garantismo integral professam uma verdadeira confusão (proposital?) entre os fins das normas de cunho material e processual,²⁸¹ ao afirmar que, assegurando-se a efetividade da punição pelo Processo Penal, estar-se-ia tutelando a segurança social.²⁸² O Processo Penal é visto, assim, primordialmente, como instrumento de segurança pública.

Todavia, em sua brilhante tese,²⁸³ ao estabelecer no “sistema garantista ideal”²⁸⁴ um modelo normativo de direito ao qual os ordenamentos jurídicos deveriam se inspirar e buscar maior aproximação, Luigi Ferrajoli desenvolve – ao contrário daquilo defendido pelos adeptos do “garantismo integral” – diversos princípios e axiomas voltados a um “esquema

²⁸⁰ Ibid., p. 175. Fischer também afirma que “a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 31).

²⁸¹ Nesse sentido, Mendonça afirma que “[...] o processo penal é um alongamento da proteção estabelecida pela própria norma penal, pois é na jurisdição penal que vai se efetivar a sanção penal necessariamente (princípio da necessidade). Há, por isso, uma confluência entre a finalidade da prevenção da pena com a finalidade do Processo Penal” (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 176). Em sentido similar, Fischer afirma que “[...] o processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 36-7).

²⁸² MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 176. Essa relação entre processo penal e segurança pública também é verificada na obra de Douglas Fischer, como no seguinte trecho: “[...] em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável” (FISCHER, Douglas. “Garantismo penal integral (e não garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 28, mar. 2009).

²⁸³ Para Ferrajoli, da palavra “garantismo” é possível se estabelecer três significados diversos: (i) como um “modelo normativo de direito”, “precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ (SG), próprio do Estado de direito, que, sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”; (ii) como teoria jurídica, “da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”, ou seja “uma teoria [crítica] da divergência entre normatividade e realidade”, exprimindo “uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito”; (iii) como uma filosofia política, pressupondo uma separação entre direito e moral, requerendo “do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 684-5).

²⁸⁴ Intitulado pelo autor de “SG”. Segundo as palavras do autor: “todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável” (Ibid., p. 33).

epistemológico de identificação do desvio penal”, que visaria assegurar o maior grau possível de racionalidade e confiabilidade à decisão judicial, limitando-se, assim, o poder punitivo.²⁸⁵

Note-se, portanto, que o paradigma e os fins adotados por Ferrajoli divergem em grande monta daqueles utilizados pelo garantismo integral. Segundo o mestre italiano, dois seriam os elementos constitutivos fundamentais do modelo garantista ideal: o primeiro, chamado de “convencionalismo penal”, equivalente ao princípio da reserva legal,²⁸⁶ e o segundo, apontado pelo autor como “cognitivismo processual”, verificado na exigência do princípio da estrita jurisdicionalidade.²⁸⁷

Este segundo elemento exigiria, então, a criação de procedimentos que possibilitem as necessárias verificação e refutação das teses apresentadas pelo acusador.²⁸⁸

Revela-se, portanto, como uma das principais características do sistema garantista, a imposição de que as hipóteses acusatórias apenas podem ser consideradas convalidadas quando apoiadas em provas e contraprovas, em respeito a máxima *nullum iudicium sine probatione*.²⁸⁹ Isso porque, ainda segundo Ferrajoli, será a verdade, obtida através de juízos penais cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito) sujeitos à verificação, que afastará a arbitrariedade da justiça penal.²⁹⁰

Dessa forma, as garantias penais e processuais, enquanto técnicas fundamentais para a definição e comprovação da imputação, visam diminuir a arbitrariedade do poder judicial²⁹¹ – ideia básica essa que, como visto, permeia todo o presente trabalho.

Nesse diapasão, aquilo que o autor intitula, no sistema garantista, como

²⁸⁵ Ibid., p. 30.

²⁸⁶ Ibid., p. 30. Tais elementos seriam contrapostos aos indesejáveis “substancialismo extralegal” e “decisionismo valorativo” (Ibid., p. 39).

²⁸⁷ Ibid., p. 30-1.

²⁸⁸ Ibid., p. 32.

²⁸⁹ Ibid., p. 32. Inclusive, segundo autor, apoiado nas lições de Bacon, o que diferiria a jurisdição das atividades legislativa, administrativa, e negocial, seria exatamente o fato de sua característica de normatividade, ou seja, “motivada por afirmações supostamente verdadeiras e não apenas por prescrições, de modo que não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas está vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e conhecimento dos segundos” (Ibid., p. 32).

²⁹⁰ Ibid., p. 32-3.

²⁹¹ Ibid., p. 34-5. Assim, o autor aponta dez “axiomas” ou “princípios axiológicos fundamentais” adotados pelo “sistema garantista”, que constituiriam “condição *sine qua non* [...] para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena”, quais sejam: (i) princípio da retributividade (*nulla poena sine crimine*); (ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou estrito (*nullum crimen sine lege*); (iii) princípio da necessidade do direito penal (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*); (iv) princípio da lesividade (*nulla necessitas sine injuria*); (v) princípio da materialidade (*nulla injuria sine actione*); (vi) princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*); (vii) princípio da jurisdicionariedade no sentido lato e estrito (*nulla culpa sine iudicio*); (viii) princípio acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*); (ix) princípio do ônus da prova (*nulla acusatio sine probatione*); (x) princípio do contraditório ou da defesa (*nulla probatio sine defensione*) (Ibid., p. 74-5).

“jurisdicionalidade em sentido estrito”²⁹² objetiva exatamente garantir a efetiva verificação da prática do delito, exigindo que o ônus probatório fique ao encargo da acusação e que seja assegurado ao réu seu direito de contestação.²⁹³

Portanto, o desprezo às regras processuais atinentes ao ônus probatório e ao direito de defesa, enquanto orientadas a garantir a “verdade processual”²⁹⁴ (bem como a “liberdade”),²⁹⁵ geraria uma decisão potestativa, de natureza autoritária, porque baseada somente em juízos de valor não verificáveis nem refutáveis.²⁹⁶ Tais regras visam embasar o poder judicial de comprovação (ou de verificação fática), verificável na inferência indutiva da prova²⁹⁷ e inserido na “verdade fática da conclusão”.²⁹⁸

Luigi Ferrajoli conclui, então, que são exigidas três condições para se considerar legitimamente justificada a indução fática no sistema garantista, quais sejam:

- 1) o ônus da acusação de produzir dados ou fatos probatórios que tenham o valor de confirmações necessariamente consequentes acerca da hipótese acusatória e de

²⁹² Sobre tal garantia, Ferrajoli afirma que: “A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo nosso axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – ‘em sentido estrito’ ou ‘em sentido lato’ – conforme seja mais ou menos acompanhadas de outras garantias processuais. Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*; em sentido estrito, pela tese T63 *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 432). Interessante, ainda, a sempre ressaltada relação de complementariedade necessária entre o princípio da legalidade e da jurisdicionalidade. Nesse sentido são as palavras do próprio autor: “Princípio da legalidade estrita e princípio de estrita jurisdicionalidade podem, pois, ser configurados como duas regras semânticas complementares, uma dirigida ao legislador a outra dirigida aos juízes, que garantem, mediante a verificabilidade das denotações jurídicas e fáticas, a reserva absoluta da lei em matéria penal e a consequente sujeição do juiz penal somente à lei” (Ibid., p. 102).

²⁹³ Ibid., p. 77. Essa é a razão pela qual Ferrajoli aponta o garantismo penal como, “antes de tudo, um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações (ou declarações de falsidade), tornada possível pelos princípios da legalidade estrita e de estrita jurisdicionalidade” (Ibid., p. 135). A incerteza do fato, ainda segundo o autor, “assinala um defeito de jurisdicionalidade estrita, isto é, a debilidade ou carência das garantias processuais que permitem a decisão da verdade fática” (Ibid., p. 87).

²⁹⁴ Segundo o autor, na ausência de tais regras, “não se pode falar de verdade no processo nem sequer em sentido aproximado” (Ibid., p. 43).

²⁹⁵ Ferrajoli afirma que “as garantias procedimentais configuram garantias da verdade além de garantias a liberdade” (Ibid., p. 435). E são garantias de liberdade porque “[a]ntes de tudo [...] os direitos de liberdade são protegidos contra o abuso precisamente devido ao caráter cognitivo e não potestativo do juízo, enquanto por outro lado são expostos ao arbítrio quando o juízo tiver caráter decisionista. Em segundo lugar porque só o juízo de verdade não ofende, graças à sua propensão à objetividade e contestabilidade, a dignidade do sujeito julgado. Ninguém tem o direito de julgar se por ‘julgar’ se entende uma atividade autoritária e não puramente cognitiva: essa não é só uma máxima de ética cristã, mas a regra laica do moderno Estado de direito” (Ibid., p. 438).

²⁹⁶ Ibid., p. 37.

²⁹⁷ “Los hechos de un proceso se determinan casi siempre através de inferências” (NIEVA FENOLL, Jordi. **La duda em el Proceso Penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 21).

²⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 96. Interessante que o autor aponta dois elementos da verdade processual presentes na motivação judicial: a verdade fática, atingida através da inferência indutiva da prova; e a verdade jurídica das premissas, decorrente da inferência dedutiva ou subsunção da norma.

- generalizações ou ‘máximas de experiência’ que os liguem a ela;
- 2) o direito da defesa de invalidar tal hipótese, contraditando-a mediante contraprovas compatíveis apenas com hipóteses alternativas, as quais por sua vez a acusação tem o ônus de invalidar;
- 3) a faculdade de o juiz aceitar como convincente a hipótese acusatória (não se, mas) apenas se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas coletadas.²⁹⁹

Por todas as características da tese do autor italiano ora apresentadas, pode-se até mesmo concordar com Douglas Fischer quando este afirma que o garantismo não busca afastar por completo os direitos sociais³⁰⁰ enquanto obrigações positivas estatais³⁰¹, mas, evidentemente, tal ponto não se revela como o cerne da teoria defendida por Ferrajoli.

Diferentemente do que preconiza Fischer,³⁰² e aqui está o ponto nodal que claramente separa as ideias de garantismo de Ferrajoli daquilo defendido pelo primeiro – que por essa razão não deveria sequer ganhar a alcunha de garantismo, sob pena de confusão não proposital de conceitos –, o Sistema Garantista (SG) proposto pelo autor italiano privilegia uma maior expansão e preocupação com as garantias do réu,³⁰³ estabelecendo-se o direito de

²⁹⁹ Ibid., p. 116. Segundo o autor “[e]ssas três garantias, juntamente com o pressuposto semântico da legalidade estrita ou verificabilidade das hipóteses acusatórias, asseguram a estrita jurisdicionalidade do processo penal. Graças a elas, o processo se configura como uma contenda entre hipóteses em conflito, que o juiz tem a tarefa de dirimir [...]” (Ibid., p. 121).

³⁰⁰ FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garnatista no Brasil**, p. 31.

³⁰¹ Tal afirmação se mostra clara no seguinte trecho: “[...] o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direito fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões de alto. Não há diferença, sob tal aspecto, entre direitos de liberdade e direitos sociais: mesmos os direitos sociais, como está sempre mais evidente nos países ricos, nos quais a pobreza tende a se tornar uma condição de minoria, são direitos individuais virtualmente contrários à vontade e ao interesse da maioria” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 693-4). Mas, ainda assim, o autor afirma que o Estado social de direito “consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado”, com o fim da “maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes” (Ibid., p. 694-5).

³⁰² Fischer afirma que “do garantismo penal integral decorre a necessidade de [...] de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados” (FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garnatista no Brasil**, p. 48). Assim, parece que, para o autor, os interesses sociais vêm antes mesmo daqueles atribuíveis ao réu.

³⁰³ Isso se revela claro quando Ferrajoli, discorrendo acerca do conflito entre as funções preventivas da cominação da pena, afirma que sua manifestação, no Processo Penal, se dá através da seguinte dicotomia: a “acusação, interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias”. E ainda segundo o autor italiano, analisados os mencionados interesses contrapostos, “é o segundo, normalmente negligenciado, o mais característico, e que mais merece ser evidenciado”, sendo certo que “sobretudo o segundo objetivo, e não também o primeiro, é, ao mesmo tempo, necessário e suficiente para fundar um modelo de direito penal mínimo e garantista como aquele formalizado pelo nosso sistema SG”. Até porque, para o autor, “[a] certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário,

defesa como um de seus principais axiomas.

O Processo Penal, assim, para o mestre italiano, “justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito, minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada”,³⁰⁴ uma vez que a tutela dos inocentes “está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo”.³⁰⁵

Dessa forma, parece que a argumentação dos adeptos do garantismo integral de que atualmente existiria uma suposta hiperbolia na aplicação das garantias do réu, ao invés de referendar a tese de Ferrajoli, aproxima-se mais da Escola Positiva italiana do início do século passado, fundada em matizes claramente autoritárias, e que ousava tratar, por exemplo, a presunção da inocência como uma mera extravagância.³⁰⁶

Tal posicionamento à época na Itália resultou em uma banalização do princípio da submissão à jurisdição e num esvaziamento do princípio da presunção da inocência, ainda que restabelecido posteriormente, mas de forma enfraquecida³⁰⁷ – mesmo risco que ocorre atualmente com a possível adoção do malfadado garantismo integral.³⁰⁸

Afastando-se, portanto, as ideias propugnadas por esse suposto garantismo integral, defende-se aqui a adoção dos postulados garantistas da forma como professados por Ferrajoli, entendendo-se que “[...] o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”.³⁰⁹

Sendo assim, a solução para a falência do sistema penal certamente não se encontra na interpretação às avessas do garantismo penal, afastando-se discricionariamente as garantias do acusado sob o fundamento de que interesses coletivos, verificados na punição das condutas incriminadas, deveriam sempre prevalecer sobre os interesses supostamente individuais do imputado.

Nesse diapasão, no que tange ao principal ponto do presente trabalho, não se ignora

em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 85; p. 269-70).

³⁰⁴ Ibid., p. 483

³⁰⁵ Ibid., p. 483.

³⁰⁶ Ibid., p. 442.

³⁰⁷ Ibid., p. 442.

³⁰⁸ Conforme bem alertado por Ferrajoli: “[...] somente o segundo objetivo, ou seja, a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, é válido para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social – de tipo policialesco ou disciplinar, ou talvez até terrorista – que, de forma mais ágil e provavelmente mais eficiente, teriam condições de satisfazer o objetivo de defesa social, em relação ao qual o direito penal mais do que um meio revela-se um custo, ou ainda, em se desejando, um luxo próprio das sociedades evoluídas” (Ibid., p. 270).

³⁰⁹ Ibid., p. 439.

que o direito à prova da defesa tem limites, e que se deve impedir o abuso do direito processual pelas partes.³¹⁰ Todavia, mostra-se urgente estabelecer critérios racionais – com base na análise dos interesses em jogo³¹¹ – para que tal abuso seja coibido sem prejudicar as garantias advindas da ampla defesa.

Sabe-se que tal dimensionamento, por vezes, torna-se difícil, em razão da imensa gama de possibilidades de colisão de interesses verificada nos mais diversificados casos concretos trazidos à manifestação judicial,³¹² mas se buscará nos capítulos seguintes, com subsídio na longa experiência norte-americana traduzida na *law of evidence*, estabelecer regras e parâmetros minimamente delimitados que autorizem uma restrição legítima ao exercício do direito à admissão da prova defensiva, para que não se caia no lugar-comum de se afastar tal importante garantia do acusado, em favor de um “onipresente” interesse público na aplicação da lei penal.

2.2 A necessidade do estabelecimento de parâmetros seguros para a admissão da prova defensiva: uma breve crítica ao “ativismo judicial” e à discricionariedade judicial ilimitada

Analisada a possibilidade de se limitar o exercício do direito à prova do acusado, com vistas à proteção de outros interesses igualmente relevantes que podem restar em choque no caso concreto, necessitam ser criados critérios minimamente seguros – e previsíveis – que legitimem tal limitação pelo julgador, evitando-se, assim, o afastamento de garantias individuais com base em subjetivismos judiciais, ou aplicações discricionárias de princípios

³¹⁰ Até porque a parte ré está igualmente sujeita à vedação à má-fé processual. Neste sentido, ver SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 115. Ainda sobre a possibilidade de abuso de direito processual, ver SOSA, Gualberto Lucas. “Abusos de Derechos Procesales”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.) **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³¹¹ Como bem asserta Perelman, “*una de las principales tareas de la interpretación jurídica es la de encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando para ello los valores que esas reglas deben proteger*” (PERELMAN, Chaïm. **La interpretación jurídica**. H. Petzold-Pernía [Trad.]. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1974, p. 21).

³¹² Acerca dessa dificuldade, Garcia Solá informa que: “*Y el desafío se plantea nada menos que en términos de reencausar al proceso para que sea instrumento para la ‘justicia’, pero respetando la excelsa garantía de la defensa en juicio, entendida ésta en sentido lato; de la equilibrada relación entre ambos propósitos, de modo tal de que ni al amparo de esta última se llegue al liberalismo extremo legitimador de cualquier género de actuación o defensa, ni que su color de moralizar el proceso se ahogue en la dinamicidad dialéctica, que hace a nuestro más caro modo vital de ver y concebir al proceso*” (GARCIA SOLÁ, Marcela. “De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del ‘abuso del derecho’ con la garantía de defensa en juicio”. In: RAMBALDO, Juan Alberto (Org.). **Abuso procesal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001. p. 32).

de existência duvidosa, cuja prática, infelizmente, vem se tornando reiterada na praxe forense brasileira.

Isso porque, principalmente a partir do fim do século passado, verificou-se a consolidação dos estudos acerca da necessidade de reinterpretção das normas jurídicas a partir dos valores constitucionais, o que se optou por chamar de neoconstitucionalismo,³¹³ corrente esta que encontrou apoio da doutrina tanto na Europa quanto em nosso País.³¹⁴

Inclusive, o próprio termo “neoconstitucionalismo” não é livre de críticas, muito em razão de sua ligação íntima com a chamada “jurisprudência de valores”,³¹⁵ sendo Lenio Luiz Streck um dos seus mais conhecidos detratores no País. Esse autor, em contraposição, propõe a adoção daquilo por ele chamado de “constitucionalismo contemporâneo”, cujo fim, no plano da Teoria do Direito, seria a criação de uma teoria da interpretação que represente uma proteção contra arbitrariedades judiciais.³¹⁶

³¹³ Interessante a crítica que Ferrajoli faz ao termo “neoconstitucionalismo”, uma vez que o celebrado autor estabelece que existe, em verdade, uma diferenciação entre duas teorias principais advindas do chamado constitucionalismo jurídico (séc XX). Uma, caracterizada como “constitucionalismo principialista”, por ele rechaçada, cujas principais características seriam: (i) uma relação direta entre direito e moral; (ii) a existência de normas principiológicas constitucionais, que revelam valores e se encontram em constante conflito; (iii) a grande importância da ponderação de bens realizada pelos magistrados. De outro, aquele por ele chamado de “constitucionalismo garantista”, como uma extensão do positivismo jurídico, que revela três significados: (i) enquanto modelo jurídico, seria a consolidação da positivação dos princípios, que deve ser garantida pelo controle jurisdicional da constitucionalidade; (ii) como teoria do direito, analisa a questão do direito constitucionalmente ilegítimo, isto é, normas legais (ser) em conflito com a constituição (dever ser); (iii) enquanto teoria política, uma democracia baseada no respeito aos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56). Ainda sobre o “neoconstitucionalismo”, alerta Trindade que “assim como acontece com o positivismo jurídico – que apresenta inúmeras variáveis desde sua versão exegética até aquelas posteriores à normativista –, é recorrente a advertência de que não é possível identificar apenas um neoconstitucionalismo, mas sim, uma tendência em contínua expansão, que abarca diversas versões e desdobramentos”. Essa é a razão pela qual o autor sugere, inclusive, que se utilize outra nomenclatura (TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam [Orgs.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 105-7).

³¹⁴ Nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O trifunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In: **Neoconstitucionalismo**, p. 51-91; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³¹⁵ Chama-se “jurisprudência de valores” a corrente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), que, ao realizar o controle de constitucionalidade, utiliza-se de critérios valorativos que não encontram respaldo em princípios e normas jurídicas. Jürgen Habermas é um dos críticos de tal forma de atuação jurisprudencial, na medida em que, por vezes, confunde “princípios” (que possui caráter deontológico) com “valor” (que possui caráter teleológico), aumentando a possível capacidade persuasiva da decisão, porém gerando, em regra, segundo o autor, uma argumentação jurídica inconsistente (HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. William Rehg [Trad.]. MIT Press, 1998, p. 257; 259-61.)

³¹⁶ Concorde-se aqui com as críticas de Streck ao “neoconstitucionalismo” quando ele afirma que: “nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de postura axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial”. Nessa esteira, Streck reduz a extensão da análise da proporcionalidade – que para tal é irrelevante ser tratada como princípio – a duas vertentes, quais sejam: ou a lei será inconstitucional porque o Estado se excedeu, situação que traduz a proibição

A preocupação de Streck se justifica porque, juntamente com a reflexão acerca da validade das regras jurídicas em vigor, estabeleceu-se a função importantíssima do Poder Judiciário de resguardar o devido respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ampliando-se, assim, o espaço da jurisdição³¹⁷ em detrimento da atividade legislativa.

Nesse diapasão, surgiram novos questionamentos acerca dos limites do chamado “ativismo judicial”,³¹⁸ não apenas no Brasil, como no mundo,³¹⁹ uma vez que o protagonismo judicial se tornou umas das principais pautas de discussão do Direito do século XXI.³²⁰

As primeiras manifestações do fenômeno do ativismo judicial surgiram no sistema jurídico norte-americano,³²¹ originado na *common law*, em que a falta de regras em abstrato – ao menos como fundante do sistema – faz com que o Direito daquele país apresente como sua fonte primária as decisões judiciais, ou seja, a prática jurisdicional dos diversos tribunais locais.

Assim, André Trindade, referindo-se ao posicionamento de Marshall, aponta para a existência de sete tipos de ativismos judiciais nos EUA: (i) o “contramajoritário”, no qual se afastam decisões de órgãos democraticamente eleitos; (ii) o “não originalista”, no qual se nega a original intenção dos autores da Constituição Federal; (iii) o “de precedentes”, no qual se decide contrariamente aos precedentes estabelecidos; (iv) o “jurisdicional”, no qual os tribunais violam sua competência de atuação; (v) o “criativo”, através do qual criam-se direitos e teorias materialmente novos; (vi) o “remediador”, no qual se impõem obrigações a outros poderes; e (vii) o “partisan”, que busca atingir fins partidários, ou de determinado setor social.³²²

Porém, independentemente da espécie, a característica comum a todos é exatamente a

do excesso, ou porque o Estado protegeu insuficientemente o direito apontado, quando se tratará de hipótese de proibição da proteção insuficiente. Em ambas os casos, haverá desproporcionalidade por violação da isonomia ou da igualdade. O critério, então, para a solução de tal desproporcionalidade apenas poderá ser estabelecido “mediante a obediência da integridade e da coerência do direito” (STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam [Orgs.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64, 67).

³¹⁷ TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*”. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 97.

³¹⁸ Essa é uma das razões pela qual Trindade afirma que “o garantismo é, precisamente, a antítese do neoconstitucionalismo” (Ibid., p. 103).

³¹⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997.

³²⁰ TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*”. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 108.

³²¹ Ibid., p. 110.

³²² Ibid., p. 111.

disfunção da atividade jurisdicional,³²³ na medida em que o órgão julgador passa a realizar atos que não eram pecúios à sua atividade original.³²⁴

No Brasil, o ativismo judicial, influenciado – como sempre de forma acrítica e não adaptada – pelas experiências norte-americana e alemã,³²⁵ vem sendo verificado na praxe forense principalmente após o início do novo século, em que a adoção de uma postura criadora pelo julgador não tem se limitado somente ao Supremo Tribunal Federal, mas também a todos os demais órgãos jurisdicionais.³²⁶

Assim, embora se entenda a necessidade de controle constitucional das leis, papel fundamental da jurisprudência quando verificado o choque com interesses protegidos pelo texto constitucional, há de se estabelecer critérios minimamente seguros para a interpretação das normas jurídicas.³²⁷ Esses critérios visariam evitar que a “criação do direito” pelo juiz se torne um ato meramente discricionário³²⁸ e se apliquem os princípios constitucionais, através

³²³ Ibid., p. 111.

³²⁴ Dworkin já advertia acerca dos malefícios do ativismo judicial. Para ele, o ativismo “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe seja próxima. Insiste que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 451-2).

³²⁵ Conforme afirma Trindade, “se, no início do século XX, o realismo norte-americano sustentava, abertamente, que o direito era aquilo que os tribunais diziam, em razão de sua criação jurisprudencial, e se, na metade do século XX, a jurisprudência dos valores alemã buscava legitimar suas decisões através de procedimento como a ponderação, em face da falta dos fantasmas do regime nacional-socialista; então, no começo do século XXI, o que verifica é uma aposta no ativismo judicial em terras brasílicas, cujo crescimento coloca em xeque a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional na medida em que permite que os juízes não mais interpretem a Constituição, mas se assenhem dela” (TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasílicas*”. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 122).

³²⁶ Trindade afirma que após a fase da ressaca, verificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual se mostrou necessária uma filtragem constitucional das normas em vigor, e da “fase da constitucionalização”, em que os novos instrumentos constitucionais passaram a ser descobertos, vivemos agora, principalmente após a Emenda Constitucional n. 45/04, um “ativismo judicial à brasileira” (Ibid., p. 115).

³²⁷ Note-se que até Barroso, que defende o ativismo judicial como uma solução para a “crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, chega a afirmar que “ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. [Orgs.]. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279).

³²⁸ Inclusive, a partir do momento em que se vislumbra a expansão do ativismo judicial no Brasil, torna-se extremamente necessário que aqui se desenvolva – como se deu nos países norte-americanos, em que o ato jurisdicional é fonte de direito – uma verdadeira teoria da decisão para os países da *civil law*, buscando-se, assim, controlar o processo de interpretação e aplicação do direito no país, uma vez que parece que a simples semântica das palavras muitas vezes não é suficiente. Isso porque, como bem alerta Streck, no Brasil, “a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente” (STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 80).

da regra da proporcionalidade, ao bel-prazer do magistrado,³²⁹ tornando-se a decisão judicial, portanto, fruto único de um ato de poder.³³⁰

Não se nega que a batalha contra o ativismo judicial há de ser travada no dia a dia forense. Todavia, se a realidade jurídica brasileira ainda se encontra carente do desenvolvimento de uma teoria da decisão³³¹ fulcrada em técnicas de argumentação sólidas – pretensão essa que transbordaria os limites e fins do presente trabalho –, deve-se buscar ao menos a proposição tópica de critérios mínimos que possam informar as escolhas jurisdicionais.³³²

Isso porque, enquanto ao legislador, em razão de sua legitimidade política e democrática, cabe fazer opções valorativas dentro do espaço estrutural estabelecido pela Constituição, transformando-as em normas jurídicas abstratas, ao magistrado caberá o respeito, em seus atos decisórios, àquilo que Lenio Streck chama de “DNA do direito”, ou seja, ao conjunto do conhecimento formado pela doutrina e pela própria jurisprudência, para que se garantam minimamente a coerência e a integridade do Direito.³³³ Assim, para se evitar

³²⁹ Sobre a crítica acerca da utilização indiscriminada e atécnica dos princípios constitucionais, ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade”. In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191-6; STRECK, Lenio Luiz. “O panprincipiologismo e a refundação positivista”. In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221-42.

³³⁰ Note-se que a crítica a essa discricionariedade abusiva dos órgãos jurisdicionais encontra ressonância também na doutrina alemã. Como bem ressalta Ingeborg Maus, reverberando posicionamento de parte da doutrina tedesca, no pós-Guerra II, o Poder Judiciário, através de julgamentos morais, acabou assumindo o indevido papel de “superego de uma sociedade órfã”. Ainda segundo a autora: “[...] quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” (MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 186-7, nov. 2000). Todavia, como bem ressaltado por Cruz: “*Cuando una Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende configurarse como un sistema de valores, se está fuera del constitucionalismo y se ponen las condiciones para el nacimiento de un nuevo estatismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del Tribunal Constitucional, intérprete último de la Constitución*” (CRUZ, Luiz M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa: 2006, p. 28).

³³¹ Sobre a tentativa do desenvolvimento de uma teoria da decisão aplicável no país, ver JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

³³² Como bem ressaltado por Streck, “o mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência de valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da teoria da argumentação jurídica” (STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 73).

³³³ *Ibid.*, p. 77. Importante, nesse ponto, os ensinamentos de Cardozo acerca da liberdade interpretativa dos juízes. Para esse autor, os magistrados “têm liberdade para marcar os limites das imunidades pessoais, conformando seus julgamentos à razão e à justiça. Isso não significa que ao julgar a validade das leis tenham liberdade de sobrepor as suas próprias ideias de razão e justiça às dos homens e mulheres que servem. O standard adotado deve ser objetivo. Em tais casos, o que importa não é o que eu acredito ser direito. É o que eu posso, razoavelmente, acreditar que algum homem de inteligência e consciência normais poderia considerar

a absoluta discricionabilidade³³⁴ – ou o arbítrio – do órgão julgador na limitação do direito à admissão da prova defensiva, buscar-se-á no presente trabalho, em apoio aos ensinamentos da doutrina nacional e estrangeira, e, principalmente, na experiência norte-americana,³³⁵ estabelecer parâmetros seguros que possam guiar a restrição ao exercício do direito probatório do acusado³³⁶ por meio do controle da admissibilidade da prova pelo magistrado.³³⁷

2.3 Os critérios legais para a admissão da prova defensiva no sistema processual penal brasileiro

Como visto no Capítulo I, pode-se extrair da garantia da ampla defesa a existência de um verdadeiro direito do réu de se defender provando. Dessa forma, se temos de um lado um direito à prova do acusado, traduzido, em uma de suas facetas, no direito à admissão da prova por ele requerida, de outro, temos o correspondente dever jurisdicional de admitir a prova proposta pela defesa.

Entretanto, a evidente possibilidade de limitação de direitos processuais, quando em choque com outros interesses, aponta para o fato de que o réu não tem um direito irrestrito à

razoavelmente como direito” (CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Lêda Boechat Rodrigues [Trad.]. Porto Alegre: AGE, 1978, p. 103).

³³⁴ Não se nega aqui o ensinamento de Calamandrei de que “*ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l’ispirazione individuale è decisiva*” (CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: CEDAM, 1954, p. 62). Todavia, embora Streck negue o ativismo e a discricionabilidade, Ferrajoli apenas rechaça o primeiro, afirmando que a discricionabilidade judicial será sempre inerente a três hipóteses: (i) quando da qualificação jurídica, ou seja, na atividade de interpretação, ligada à semântica; (ii) quando da valoração das provas; (iii) quando do exercício do poder equitativo de conotação dos fatos verificados, isto é, na aplicação diferente da norma de acordo com as características do caso concreto. A forma de diminuir a discricionabilidade judicial, ainda segundo Ferrajoli, daria-se através do desenvolvimento de uma teoria da argumentação, servindo esta para orientar a motivação das decisões (FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p. 13-56). Pode-se concluir, então, que tanto Streck quanto Ferrajoli negam o que aqui também se rechaça: o absoluto arbítrio judicial.

³³⁵ Conforme se analisará no Capítulo III.

³³⁶ E tal delimitação se torna necessária para afastar hipóteses de discricionabilidade ilimitada, ou arbitrariedade, porque, como bem ressalta Ferrajoli: “Ainda que um sistema penal adira normativamente ao modelo cognitivo e garantista [...], jamais será de fato um sistema fechado e exigirá sempre, para seu funcionamento prático, heterointegrações remetidas à autonomia e à discricionabilidade do intérprete. [...] Se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias quanto mais amplo seja o poder judicial de disposição, será, quanto menos, condição de seu controle e autocontrole, se não cognitivo, pelo menos político e moral, que aquelas sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríicas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrária” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 139).

³³⁷ Isso porque, como bem ressalta Peter Westen, “*‘discretion’ is always a problematic standard*”, e “*constitutional rights are not ordinarily made to depend upon the exercise of discretion [...]*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, n. 74, p. 239, 1975).

admissão de toda e qualquer prova por ele requerida,³³⁸ podendo o legislador, assim, estabelecer normas, às quais o magistrado estará vinculado,³³⁹ que estabelecerão “o equilíbrio entre o direito das partes de requerer, deduzir, discutir e sobretudo provar” no curso do processo, e o “poder-dever [judicial] de rejeição do pedido”.³⁴⁰

Nesse sentido, as cortes internacionais de Direitos Humanos, em análise de eventuais violações às suas normas convencionais, têm reafirmado a possibilidade de estabelecimento, pela legislação dos países membros, de limitações ao exercício do direito à prova das partes, deixando, inclusive, em regra, ao encargo das cortes domésticas, a análise acerca da real necessidade das provas requeridas no curso do processo.³⁴¹

³³⁸ UBERTIS, Giulio. “Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei diritti dell’uomo”. **Rivista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 491, 1994. No sistema norte-americano, Wigmore, acerca da necessidade de limitação do direito da defesa a produzir prova testemunhal, afirma que “[t]he Constitution cannot raise witnesses from the dead, nor spirit them from beds of illness, or kennels of concealment. To interpret the Constitution into any such pledge is to invent (as experience has shown) a guarantee that no determined offender shall be tried for his crime until he himself pleases” (WIGMORE, John Henry. **Evidence in trial at common law**. 3rd ed. Boston: Little Brown, 1940, v. 9, p. 605-6, § parag. 2959. Nesse mesmo sentido, em nosso sistema, Cambi afirma que “o direito à prova não é absoluto, devendo as partes respeitar os requisitos temporais e formais para sua dedução” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 32). Todavia, como bem alertado por Chiavaro, o magistrado deve ter muito cuidado ao indeferir as provas requeridas pelas partes no início do procedimento, uma vez que deverá excluir “*solo le prove ‘manifestamente’ inutili, senza che un ‘pre-giudizio’ sulla forza persuasiva di altri elementi di prova possa indurre il giudice a non avvalersi di elementi ulteriori, capaci di ribaltare una convinzione già formata o in via di formazione*” (CHIAVARO, Massimo. “Considerazioni sul diritto di prova nel processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 2018, 1996).

³³⁹ Importante é o alerta de Rafaraci de que se deve exigir, todavia, “*l’adozione di parametri ampi e aperti di ammissione della prova dai quali sarebbe pertanto illegittimo discostarsi*” (RAFARACI, Tommaso. **La prova contraria**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 45).

³⁴⁰ “*Il giudice, nell’ambito della decisione ex art. 495, è chiamato a comporre l’equilibrio tra il diritto delle parti di ‘chiedere, dedurre, discutere e soprattutto provare nel corso del dibattimento’ ed il suo ‘potere-dovere di rigetto della richiesta di parte’*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Análise dell’attività argomentativa delle parti, p. 44). Deve-se advertir que não existe qualquer incompatibilidade com a regra do livre convencimento motivado se estabelecer *a priori* determinados critérios para regular a admissibilidade judicial da prova introduzida no processo, seja por razões processuais ou extraprocessuais, como será melhor analisado mais a frente, “até porque as mesmas não dizem respeito à liberdade de valoração, que somente se exerce em relação ao material probatório admissível e regularmente incorporado ao processo” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 162).

³⁴¹ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 313. Neste sentido, a CEDH já afirmou expressamente que cabe às autoridades nacionais competentes decidirem acerca da relevância da prova requerida, uma vez que normas sobre admissibilidade probatória são “*primarily a matter for regulation under national law*” (CEDH. **Delta v. France**, 11444/85, 19/12/90, § 35; CEDH. **Engel and others v. Netherlands**, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08/06/1976, § 46), razão pela qual não seria sua função expressar opinião acerca de tais critérios. Neste sentido, em *Popov v. Russia*, o CEDH afirmou, sobre a questão, que: “*Clearly, it is not the Court’s function to express an opinion on the relevance of the evidence [...]*” (CEDH. **Popov v. Russia**, 26853/04, 13/07/06, § 188). Tal forma de proceder dos tribunais internacionais reflete uma das razões pelas quais Jackson e Summers afirmam que a questão acerca das falhas na garantia do direito à produção de prova pela defesa não vem sendo bem tratada pelos órgãos de proteção aos Direitos Humanos. Neste sentido: “*There are questions as to what remedies are open to the defence when there have been failings to guarantee positive evidentiary rights. This is not an issue that have been well treated by the human rights body. There is understandable reluctance to act as a fourth instance court and the need to make an assessment as to whether the trial as a whole was fair has meant that they have not focused particularly on the remedies that ought to be available in domestic fora*” (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 369).

O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDHONU), por exemplo, em análise do art. 14(3)(e) do PIDCP, por meio do *General Comment* n. 32, assentou claramente que tal dispositivo não garante um direito ilimitado do acusado de produção probatória testemunhal, mas apenas o direito de admissão daquelas que são potencialmente relevantes à tese defensiva.³⁴²

Todavia, como bem ressaltado por Eduardo Cambi,³⁴³ eventuais restrições ao direito à prova, sejam elas por expressa previsão legal, ou mesmo por decisão judicial aplicável ao caso concreto, devem ser analisadas com base em três premissas básicas: (i) que o direito da parte à produção probatória se trata de interesse público relevante, uma vez que a “verdade”, como visto,³⁴⁴ é valor fundante e legitimante do processo; (ii) que sua relativização, com base na aplicação da proporcionalidade, somente poderá ser admitida quando em choque com outro princípio mais relevante;³⁴⁵ e que, (iii) mesmo quando relativizado o direito à prova, não se pode vilipendiar seu “núcleo intangível”, isto é, seu conteúdo mínimo, sob pena de se violar, assim, a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, caso a interpretação de determinada norma limitadora da produção probatória retire por completo a possibilidade de se atestar algum dos elementos do *thema*

³⁴² Conforme o seguinte trecho: “39. Paragraph 3 (e) of article 14 guarantees the right of accused persons to examine, or have examined, the witnesses against them and to obtain the attendance and examination of witnesses on their behalf under the same conditions as witnesses against them. As an application of the principle of equality of arms, this guarantee is important for ensuring an effective defence by the accused and their counsel and thus guarantees the accused the same legal powers of compelling the attendance of witnesses and of examining or cross-examining any witnesses as are available to the prosecution. It does not, however, provide an unlimited right to obtain the attendance of any witness requested by the accused or their counsel, but only a right to have witnesses admitted that are relevant for the defence, and to be given a proper opportunity to question and challenge witnesses against them at some stage of the proceedings. Within these limits, and subject to the limitations on the use of statements, confessions and other evidence obtained in violation of article 7, it is primarily for the domestic legislatures of States parties to determine the admissibility of evidence and how their courts assess it” (Human Rights Committee, 19th Session, 09-27/jul/2007, General Comment n. 32 [CCPR/c/gc/32]). Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en>. Acesso em: 24 set. 2018). No julgamento *Gordon v. Jamaica*, idêntico posicionamento foi aplicado, como se pode verificar no seguinte trecho: “6.3. As to the author's allegation that he was unable to have witnesses testify on his behalf, although one, Corporal Afflick, would have been readily available, it is to be noted that the Court of Appeal, as is shown in its written judgment, considered that the trial judge rightly refused to admit Corporal Afflick's evidence, since it was not part of the *res gestae*. The Committee observes that article 14, paragraph 3 (e), does not provide an unlimited right to obtain the attendance of any witness requested by the accused or his counsel” (CDHONU. *Gordon v. Jamaica*, Communication n. 237/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/237/1987 [1992]).

³⁴³ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 174.

³⁴⁴ Conforme Seção I.5.

³⁴⁵ Acerca da possibilidade de ceder em favor de outros interesses juridicamente relevantes, Tarzia afirma que o direito à prova não é “*incondizionato diritto delle parti di far ammettere le prove, se ammissibili e rilevanti, neglignendo il potere del giudice di ritenere la causa matura per la decisione senza bisogno di assunzione di mezzi di prove*” (TARZIA, Giuseppe. “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 39, n. 4, Padova: CEDAM, 1984, p. 648, nota 18). O tema será desenvolvido, todavia, no Capítulo IV.

probandum, ou mesmo o torne praticamente impossível de se comprovar,³⁴⁶ ela deverá ser rechaçada por evidente inconstitucionalidade.³⁴⁷

A restrição à produção probatória, portanto, enquanto limitadora de direito fundamental, deverá configurar sempre uma hipótese excepcional, exigindo-se, quando admitida, que haja proporcionalidade entre tal limitação e a salvaguarda de outro direito fundamental de maior relevância,³⁴⁸ já que, se excessiva, violará diretamente as garantias da ação e, no que tange aos fins do presente trabalho, da defesa.³⁴⁹

Por essa razão, a regra no Processo Penal há de ser a admissão da prova oportunamente proposta e licitamente obtida.³⁵⁰

Compartilha-se a angústia de muitos acerca do fato de que o limite da atividade probatória é um dos temas mais difíceis da ciência processual – principalmente em Processo Penal, no qual, por um lado, são exigidos *standards* probatórios altos para o convencimento do juízo acerca da tese acusatória,³⁵¹ e, por outro, coloca-se em xeque um dos bens mais importante do cidadão, seu *status libertatis*. Não obstante, esse tema deverá ser enfrentado.

Por fim, saliente-se ainda que, embora não haja consenso doutrinário acerca do número de fases procedimentais probatórias,³⁵² acompanha-se, neste ponto, Gustavo

³⁴⁶ Neste sentido, Bianchi afirma que: “[...] *la decisione del giudice di escludere le prove che ritiene manifestamente superflue o irrilevanti può assumere una valenza ‘patologica’ perché ‘potenzialmente lesiva dei diritti e del ‘ruolo’ assegnato dal nuovo codice alle parti’*. Una decisione di questo tenore, infatti, impedisce – o, comunque, rende più ardua – la possibilità, per l’accusa e la difesa, di sviluppare, nel corso dell’istruttoria dibattimentale, le rispettive ipotesi ricostruttive dei fatti di causa” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 147).

³⁴⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 174.

³⁴⁸ PICO Y JUNOI, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1996, p. 198.

³⁴⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 31, n. 1, p. 41-75, Padova: CEDAM, 1976, p. 46.

³⁵⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e Gestão da Prova**: a questão da iniciativa instrutória do Juiz em face do Sistema acusatório e da natureza da ação penal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014, p. 70.

³⁵¹ Como bem ressaltado por Knijnik, *standards* probatórios são modelos de constatação através dos quais se estabelecem critérios para diferenciar graus de probabilidade da conclusão judicial. O autor assevera que seriam quatro esses modelos de constatação, ordenados de forma crescente quanto ao grau de probabilidade exigido: (i) preponderância das provas – normalmente incidente no Processo Civil, no qual basta que a tese de uma das partes seja comprovadamente mais provável que a da outra; (ii) prova clara e convincente – incidente em determinadas ações cíveis, como de improbidade administrativa, que exige um maior grau de probabilidade da tese apresentada pelo autor; (iii) prova além da dúvida razoável – incidente, em regra, no Processo Penal, que exige que a tese acusatória seja extremamente mais provável que a tese defensiva; e (iv) prova excludente de qualquer hipótese de inocência – modelo extremo em que se exigiria a ideia de quase impossibilidade de não ocorrência dos fatos apontados na inicial (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, p. 34-41). Há quem sustente, ainda, a possibilidade de existência de um *standard* probatório diferenciado em Processo Penal, nos casos de crimes complexos, como o de lavagem de dinheiro. Neste sentido, ver DALLAGNOL, Deltan Marinazzo. **A lógica das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 317.

³⁵² Por exemplo, para Florian, as fases seriam cinco, quais sejam: (i) indicação da prova; (ii) pesquisa material da prova; (iii) produção da prova; (iv) admissão da prova; (v) assunção da prova. (FLORIAN, Eugenio. **Delle prove penali**. Milano: Vallardi, 1921, v. 1, p. 232). Para Furgieue também seriam cinco: “*la ricerca, l’ammissione, l’assunzione, la rappresentazione e la valutazione*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penal**:

Badaró,³⁵³ ao se apontar as seguintes: (i) fase de investigação, na qual se busca descobrir eventuais fontes de prova (v.g., pessoas a serem ouvidas, documentos a serem coletados, etc.); (ii) fase da propositura, em que a parte requer, ao juízo, a prova que pretende ver produzida ou introduzida aos autos; (iii) fase da admissão, na qual o órgão julgador admite, ou não, a introdução imediata da prova requerida ou sua futura produção ao longo do trâmite processual; (iv) fase de produção probatória, em que se verifica a participação ativa das partes por meio de impugnações, perguntas e reperguntas etc.;³⁵⁴ e, por fim, (v) fase de valoração dos elementos probatórios pelo órgão julgador.

E, como o presente trabalho busca, primordialmente, analisar a legitimidade de eventuais restrições ao direito à admissão da prova defensiva, este se circunscreverá ao estudo das possíveis limitações legais probatórias verificadas nas fases da propositura e da admissão da prova – porque umbilicalmente ligadas –, consubstanciadas na restrição da atividade postulatória do acusado, por meio do estabelecimento de prazos processuais ou formas procedimentais, e da atividade jurisdicional de admissão da prova no processo, por meio de critérios legais de relevância, pertinência, dentre outros que serão analisados nas seções seguintes.

2.3.1 Os limites probatórios processuais

A necessidade de limitação e regulação do procedimento probatório cria uma contraparte ao direito à prova, configurado no direito da parte adversa de que o elemento probatório contra ela aportado aos autos tenha sido corretamente obtido, introduzido e produzido, tratando-se este de um verdadeiro “direito à exclusão das provas que contrariem o

Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova, p. 33). Já para Leone, a atividade probatória seria constituída de quatro momentos: (i) indicação; (ii) produção do meio de prova (efetivo requerimento ao juízo); (iii) assunção do meio de prova (pesquisa judicial); (iv) colheita (efetiva introdução no processo) (LEONE, Giovanni, **Trattato di diritto processuale penale**, p. 184-5).

³⁵³ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 223-4.

³⁵⁴ Pode-se verificar facilmente diversas limitações ao exercício do direito probatório do réu na fase de produção da prova. Um dos exemplos possíveis é aquele disposto no art. 217 do CPP, que estabelece a controversa possibilidade de o juiz, verificando que a colheita do testemunho na frente do réu poderá gerar “humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido”, e não havendo possibilidade de sua realização por videoconferência, determinar a retirada do réu da sala, prosseguindo-se, então, com a produção da prova somente com a presença do defensor técnico.

ordenamento”.³⁵⁵

Dessa forma, o direito da parte à admissão da prova por ela requerida somente incidirá, ao menos em regra, quando não verificada qualquer violação das regras legais de limitação probatória, que podem ser classificadas, quanto ao seu fundamento, em: (i) “limitações extraprocessuais”, de natureza política, relativas à proibição de introduzir elementos probatórios produzidos ou obtidos através da violação de direitos fundamentais ou outros interesses relevantes; e (ii) “limitações processuais”, de naturezas lógica, epistemológica, ou sistêmica, nos quais se busca uma melhor prestação da atividade jurisdicional.³⁵⁶

As limitações extraprocessuais, portanto, referem-se a hipótese de inadmissibilidade probatória “destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias [...] tenham ingresso no processo”.³⁵⁷ Tratam-se de reflexo do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, previsto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Esse princípio foi introduzido em nosso Código de Processo Penal por meio da Lei n. 11.690, de 2008, que deu nova redação ao seu art. 157, para fazer dele constar que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”, ou seja, que atentem contra a integridade física ou psíquica, à liberdade, à dignidade etc.³⁵⁸

Embora evidentemente sejam hipóteses que demandem a inadmissão da prova,³⁵⁹ elas

³⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 93. Por tal razão, o regramento das limitações probatórias no sistema norte-americano é chamado de *exclusionary rules*.

³⁵⁶ Ibid., p. 93. Rossano Adorno, quanto ao sistema italiano, em sentido similar, afirma que: “[...] *il vaglio di ammissibilità opera su un doppio livello: un controllo sulla rispondenza delle prove a parametri di legalità ed uno relativo alla loro utilità/idoneità dimostrativa*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 147). Ricci, por sua vez, diferencia as limitações probatórias em três tipos: (i) aquelas que afastam provas potencialmente suspeitas, incluindo-se nelas o impedimento para depor, as suspeições, e as incapacidades; (ii) aquelas que visam garantir um desenvolvimento processual ordenado, incluindo-se as preclusões, prazos e regras procedimentais; (iii) aquelas que visam garantir valores constitucionais como intimidade, segredos etc. (RICCI, Gian Franco. “Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 54, p. 1150-62, Milano: Giuffrè, 2000, p. 1158). Note-se que hipóteses de limitações probatórias se encontram previstas, também, no Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, quando, em seu art. 288, n. 1, igualmente estabelece as limitações à admissão de prova na fase processual, ao autorizar, o indeferimento da prova “ilegítima, manifestamente impertinente, inútil o superabundante”.

³⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 95.

³⁵⁸ Cambi propõe o abandono da dicotomia, por vezes encontrada na doutrina, entre provas ilícitas (entendidas como aquelas em que, no momento de sua produção, se violou direito material) e provas ilegítimas (em que, em sua produção, se verifica a violação de direito processual), em prol de um “tratamento sancionatório unitário à ilicitude”. Portanto, o autor extrai da regra do art. 5º, inciso LVI da CRFB, a ideia de “provas inconstitucionais”, uma vez que “toda ilicitude substancial se traduz necessariamente em uma ilicitude (inadmissibilidade) processual” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 67 e nota 21).

³⁵⁹ Nesse sentido, afirmando tratar-se a ilicitude de hipótese de improcedência probatória, ver GARDELLA, Luis Luciano. “Abuso procesal em materia probatória”. In: RAMBALDO, Juan Alberto. **Abuso procesal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 392.

apenas margeiam o tema deste ensaio – além de excederem, em muito, seus limites³⁶⁰ – dado que a referida previsão constitucional visa principalmente evitar práticas transgressoras de direitos fundamentais pelas autoridades estatais responsáveis pela persecução penal.

Dessa forma, raríssimas são as hipóteses nas quais uma prova produzida pelo acusado poderia ser considerada ilícita³⁶¹ *a priori*; e mesmo que assim fosse tratada, tem-se aceito sua admissão no processo por meio da aplicação de institutos penais que excluem a ilicitude, com vistas a favorecer o direito de liberdade do acusado.³⁶²

A seu turno, as limitações processuais podem ser de cunho lógico, epistemológico e sistêmico. Elas visam, em geral, na forma das *exclusionary rules of intrinsic policy* dos países da *common law*,³⁶³ estabelecer normas de exclusão probatória justificadas no interesse da correta apuração da verdade.³⁶⁴

Na primeira categoria, referente aos limites lógicos, apresentam-se critérios de relevância³⁶⁵ e de pertinência probatória, que decorrem da regra lógica *frustra probatur quod probatum non relevat*,³⁶⁶ e, como será visto, guardam relação com o *thema probandum* em Processo Penal.

Quanto à segunda categoria de limitações processuais, fulcradas em fundamento epistemológico, as restrições probatórias visam evitar a “reconstituição inexata dos fatos”.³⁶⁷

Dentro dessa classe, incluem-se restrições, por exemplo, quanto à utilização de

³⁶⁰ Sobre as hipóteses de relativização da adoção da teoria da ilicitude das provas, com análise da jurisprudência norte-americana acerca do tema, ver DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas** (atualizado de acordo com as Leis n. 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Ed. Millennium Editora, 2008, p. 133-7.

³⁶¹ Imagine-se, por exemplo, hipótese em que o acusado tortura determinada pessoa para dela obter testemunho verídico, em vídeo, de que não participou do fato imputado pelo *Parquet*.

³⁶² Por todos, Gomes Filho afirma que: “Mas por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita pro reo: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 107). Ainda sobre a questão, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. “As provas ilícitas na Constituição”. In: _____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 50; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 72-3; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

³⁶³ DAMAŠKA, Mirjan. **Il diritto delle prove alla deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 24.

³⁶⁴ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 225.

³⁶⁵ Como afirmado por Rossano Adorno, “*il controllo di (non ir) rilevanza [...] assume carattere logico prima ancora che giuridico [...]*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 148).

³⁶⁶ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 230.

³⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 95.

testemunhos provenientes de determinada classe de pessoas cuja confiabilidade probatória seria mínima ou inexistente, como crianças ou deficientes mentais.³⁶⁸ Optou-se aqui por incluir também nessa categoria as hipóteses de privilégios legais (*privileges*, no direito norte-americano) que, embora versem sobre direitos e deveres individuais de calar sobre temas vinculados à proteção de interesses extraprocessuais,³⁶⁹ igualmente apresentam fins epistêmicos, ainda que indiretamente, na medida em que a existência de certas relações interpessoais, como cliente-advogado, matrimonial,³⁷⁰ parentesco etc., podem acabar por influenciar na veracidade das declarações colhidas.

Gustavo Badaró cita ainda como exemplos dos chamados limites epistemológicos em nosso ordenamento, o parágrafo único do art. 155 do CPP, que exige meios de prova previstos na lei civil para a comprovação do estado das pessoas, bem como o art. 62 do CPP, que estabelece que a morte do agente deverá ser comprovada mediante a juntada de atestado de óbito.³⁷¹

Em relação à terceira categoria das limitações processuais, de natureza sistêmica, incluem-se as demais hipóteses previstas em lei, nas quais, com o fim de garantir o adequado funcionamento do sistema processual, autoriza-se a relativização do exercício do direito à prova em prol de outros interesses processuais relevantes, encontrando-se elas manifestadas nas previsões quanto às vedações de provas claramente procrastinatórias, superabundantes ou extemporâneas.³⁷²

Assim, por concentrarem as principais discussões acerca da legitimidade das

³⁶⁸ Encontrariam-se, também, nessa hipótese, os “testemunhos de ouvir dizer” (*hearsay evidence*), embora estes estejam comumente ligados à limitação da prova acusatória, razão pela qual não serão objeto de análise detida no presente trabalho.

³⁶⁹ Não se nega aqui a possibilidade de tais restrições serem enquadradas nas hipóteses de limitações extraprocessuais, como aponta Gomes Filho, porque visam tutelar “valores estranhos à economia interna do processo” (Ibid., p. 98-104). Todavia, defende-se aqui que tais proibições também apresentam fins claramente epistemológicos, na medida em que as declarações vindas de tais fontes de prova apresentam baixo grau de confiabilidade, em razão da possível parcialidade do testemunho.

³⁷⁰ Apontando como exemplo o sistema norte-americano, Gomes Filho afirma sobre o *marital privilege* que: “[...] um cônjuge tem o direito de se abster de testemunhar contra o outro, ou pode ser excluído pelo acusado, salvo nos casos em que o próprio depoente, ou filhos menores, sejam vítimas de crime” (Ibid., p. 127).

³⁷¹ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo, p. 228.

³⁷² Como bem afirmado por Badaró: “É correto que o sistema exclua as provas manifestamente supérfluas ou protelatórias. Estes critérios de exclusão, contudo, são inspirados por razões outras, que não exclusivamente lógicas, sendo fundados em motivos de economia processual ou mesmo para prestigiar a razoável duração do processo” (Ibid. p. 230, nota 41). A evidente importância de tais restrições justifica o fato de se ter estendido o tema do presente trabalho para além dos critérios meramente lógico e epistemológico de inadmissibilidade, englobando também, na categoria de limitações processuais, as hipóteses de indeferimento de prova que digam respeito a importantes interesses processuais. Até porque, como bem alertado por Taruffo, muitas vezes os próprios critérios de irrelevância ou impertinência – em razão de sua imprecisão conceitual – acabam por ganhar, na prática, contornos de proteção a outros interesses processuais relevantes (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**, p. 9).

restrições do direito à admissão da prova defensiva, a análise detida de tais limitações processuais releva-se como ponto nodal do presente trabalho, razão pela qual, nas seções que se seguem, passar-se-á à análise das restrições legais de natureza lógica (provas irrelevantes *stricto sensu* e impertinentes); epistemológica (prova indignas de confiança), e sistêmica (provas protelatórias, superabundantes e extemporâneas), buscando-se estabelecer critérios precisos que guiem o julgador em sua aplicação.³⁷³

A extrema importância da análise e delimitação de tais hipóteses de restrição probatória se revela evidente – e se reflete, inclusive, no resultado final do processo –, uma vez que, inadmitindo a produção de prova das partes, o magistrado poderá sacrificar seu próprio poder de convencimento, ao afastar-se de elementos probatórios eventualmente mais precisos.³⁷⁴

Além disso, trata-se de conteúdo mínimo do direito à prova defensiva a necessidade de se limitar o poder discricionário do juiz quando da admissão dos elementos probatórios indicados pelo acusado,³⁷⁵ uma vez que, intimamente relacionado a tal direito, encontra-se o dever jurisdicional de admitir a prova sempre que o pleito tenha sido exercido dentro dos limites legais.³⁷⁶

2.3.1.1 Dos limites lógicos

O parágrafo 1º do art. 400 do CPP, introduzido em nosso ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, ao reger o sistema de inadmissão de provas pelo magistrado, autoriza

³⁷³ Ibid., p. 337.

³⁷⁴ Sobre a questão, Bianchi afirma que: “*Ne segue che il giudice, limitando le richieste di prove indicate dalle parti, sacrifica, da un lato, il diritto delle stesse di poter usufruire della prova esclusa e della sua elaborazione probatoria. Dall’altro, egli nega a se stesso la possibilità di giungere ad un determinato risultato di prova, e, quindi, di poter motivare la decisione sulla base di precisi ‘dati processuali’, espressione della sintesi tra le prove assunte e le argomentazioni svolte dalle parti*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 46-7).

³⁷⁵ SIRACUSANO, Delfino, “Prova: (III) nel nuovo codice del procedura penale”. In: **Enciclopedia giuridica**. Roma: Trecanni, 2003, v. 15, p. 5.

³⁷⁶ “*Pertanto, visto nel prisma dell’ammissione, il diritto alla prova – che, per altro verso, presuppone il diritto di ricerca probatoria e implica quelli all’assunzione dell’esperimento probatorio in contraddittorio (‘davanti al giudice’: art. 111 comma 3 Cost.) e alla valutazione dei suoi esiti – qualifica un potere processuale della parte il cui ‘corretto’ esercizio genera in capo al giudice il dovere di ammettere le prove richieste, ancorché si tratti di un dovere non scevro da limitati margini di apprezzamento discrezionale*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 146-7). Neste mesmo sentido, Cambi afirma que “tendo as partes o direito à proposição da prova, o juiz tem o dever de permitir a realização dessa atividade processual, desde que o ato processual proposto preencha as condições exigidas pelo direito processual” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 21). Ainda acerca do dever de admissão probatória, ver VALENTINI, Cristiana. **I poteri del giudice dibattimentale nell’ammissione della prova**. Padova: CEDAM, 2004, pp. 83 e ss.

expressamente que seja indeferido o requerimento de provas consideradas “irrelevantes” e “impertinentes”,³⁷⁷ furtando-se, todavia, em delimitar, de forma precisa, em que consistiriam tais conceitos.³⁷⁸

A referida generalidade legal acaba por gerar inúmeras dúvidas quando de sua aplicação pelo magistrado no caso concreto, revelando-se necessário, portanto, interpretar tais expressões em cotejo com os escopos e as garantias fundamentais do Processo Penal – em especial a ampla defesa –, para que se imponham limites à discricionariedade judicial.³⁷⁹

Isso porque, como salientado por Giovanni Carmignani, um dos expoentes da Escola Clássica do Direito Penal, a fé e a crença na correteza daqueles encarregados pela administração da justiça não pode ser a única garantia dos imputados,³⁸⁰ sendo certo que a busca de critérios legítimos que validem o procedimento judicial de reconstrução dos fatos é uma das principais formas de legitimação do ato decisório final, enquanto o aproxima da verdade possível.³⁸¹

Em nosso ordenamento, ainda sob a égide do Código de Processo Criminal de 1832, já

³⁷⁷ O dispositivo também menciona as provas “protelatórias”, que serão analisadas em ponto posterior.

³⁷⁸ Note-se que essa falta de delimitação não é exclusividade do Processo Penal, uma vez que nem mesmo a nova disposição do art. 370, parágrafo único do Código de Processo Civil/2015 buscou ser mais específica. Sobre a questão, na referida codificação, Ramos afirma que: “É importante, desde logo, verificar que o texto do CPC, no ponto, fica no meio do caminho entre o modelo subjetivo e o modelo objetivo. Fala, por um lado, do “convencimento do juiz”; por outro, da necessidade de produção de provas para a busca da verdade. No meio de tudo, menciona o indeferimento pelo juiz, de diligências úteis, sem indicar os critérios para que uma prova possa ser considerada inútil ou útil” (RAMOS, Vitor de Paula. “O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas”. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Orgs.). **Direito probatório**. 3ª ed. Ver. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 132). Mas certo é que seja quando a lei nada diz, seja quando diz demais, ambas as hipóteses podem acabar gerando problemas ao intérprete do direito. Nesse sentido, Hobbes afirmava que “as leis escritas, se são breves, podem ser facilmente mal interpretadas; e se são longas, serão ainda mais obscuras, devido à diversidade de significados que se devem dar a muitas palavras” (HOBBS, Thomas. **Leviatã** [apud FERRAJOLI, **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 161, nota 115]). Visa-se assim, através do presente trabalho, evitar a aplicação judicial de interpretações das hipóteses de inadmissão da prova exculpatória com “notórias carências de legitimação evitáveis e remediáveis” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 440).

³⁷⁹ Como afirmado por Ferrajoli, “[...] as margens de escolha são insuprimíveis e, precisamente por isso, devemos falar de ‘poder de verificação jurídica’ ou ‘de denotação’. A amplitude destas margens, quer dizer, da zona de ‘penumbra’ de que fala Hart, pode ser, contudo, maior ou menor, e a impossibilidade de suprimi-las totalmente não é uma boa razão para não tratar de reduzi-las ou, pior, para ampliá-las” (Ibid., p. 144-145, nota 18). Essa é razão pela qual se torna pertinente a advertência de Mittermaier de que: “*es preciso que una teoria de la prueba, basada en la experiencia de los siglos, les sirva de guía en sus investigaciones*” (MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 2ª ed. Madrid: Revista de Legislacion, 1857, p. 117).

³⁸⁰ Embora tal posicionamento tenha sido esposado para sustentar a teoria da prova legítima, em contraposição à verdade moral, que era, de certa forma, uma busca por critérios legais na valoração da prova com vistas a garantir tratamento igualitário entre os acusados (CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicurezza sociale**. Pisa: Fratelli Nistri, 1832, t. 4, p. 118-20).

³⁸¹ Nesse sentido, Gomes Filho afirma que: “Assim como o saber científico, que só adquire esse status na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delineados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 92).

se alertava que “as partes devem inquirir as testemunhas sobre o *facto probando* e não sobre factos estranhos e não alegados”,³⁸² e, mesmo antes do advento da nova redação do art. 400 do CPP, já se estabelecia que a prova pericial, quando não necessária ao esclarecimento da verdade, deveria ser indeferida (CPP, art. 184), assim como eventuais perguntas a testemunhas que não tivessem qualquer relação com o processo (CPP, art. 212), deixando-se claro, portanto, a necessidade da relevância e pertinência da produção probatória.³⁸³

E, analisando os diplomas normativos em perspectiva, pode-se constatar que o substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal³⁸⁴ prevê igualmente tal hipótese no art. 187 da sua atual redação, ao estabelecer que “o juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei, as impertinentes, as irrelevantes e as manifestamente protelatórias”.

Note-se que vedações similares a essas também se encontram reproduzidas em legislações estrangeiras,³⁸⁵ processuais penais e civis.³⁸⁶ Um exemplo é o art. 190 do *Codice di Procedura Penale* italiano, o qual estabelece que “*il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*”.³⁸⁷

O legislador italiano, inclusive, ao expressamente estabelecer que apenas as provas “manifestamente” supérfluas ou irrelevantes deverão ser inadmitidas, deixou claro que existe

³⁸² WHITAKER, Firmino. **Jury (Estado de São Paulo)**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 169-70. Badaró cita também o art. 132 do Código do Processo do Estado da Bahia de 1915, período em que havia legislação estadual acerca do tema, que previa que “o juiz pode repelir as provas oferecidas pelas partes quando, de acordo com as leis civis, as considere absolutamente irrelevantes e se destinem manifestamente a prolongar o curso da causa” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 234, nota 56).

³⁸³ Ressalte-se, ainda que o art. 81, parágrafo 1º, da Lei 9.099, já em 1995 estabelecera a exclusão da prova excessiva, impertinente ou protelatória. No mesmo sentido, o substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seu art. 340, § 1º.

³⁸⁴ Projeto de Lei n. 8.045/2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 30 ago. 2018.

³⁸⁵ Neste sentido, por exemplo, o art. 190 do *Codice di Procedura Penale* italiano; o art. 283 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola; os arts. 364 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, e 356.2, do *Código Procesal Penal de la Nación*, argentinos; e o art. 276.1 do *Código Procesal Penal chileno*.

³⁸⁶ Porque, como afirmado por Badaró acerca dos conceitos de impertinência e irrelevância, “justamente porque inspirados em princípios gerais sobre a prova, sua aplicação se dará indistintamente no processo civil, penal ou de qualquer outra natureza” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 230).

³⁸⁷ Note-se que o antigo Código de processo penal italiano de 1930 também previa dispositivo similar ao tratar das testemunhas requeridas pelas partes. Seu art. 420 prescrevia que “*il presidente il pretore deve ridurre le liste sovrabbondanti ed eliminare le testimonianze inammssibili per legge o non pertinenti direttamente all’oggetto del giudizio*”.

uma presunção relativa de admissibilidade de toda as provas,³⁸⁸ devendo ser rechaçadas somente aquelas que *ictu oculi* aparentem inadmissíveis.³⁸⁹ Assim fazendo, a previsão legal italiana buscou reduzir a discricionariedade judicial quanto à inadmissão probatória.³⁹⁰

Dessa forma, pode-se concluir que os critérios lógicos têm sido universalmente aceitos como métodos legítimos de limitação do exercício do direito à prova das partes.

Ressalte-se, todavia, que, o parágrafo 1º do art. 400 de nossa codificação refere-se, como visto, às hipóteses de “irrelevância” ou “impertinência” probatória, sendo certo que, em que pese a flagrante confusão normalmente gerada pela doutrina processual penal nacional acerca de tais conceitos, não se pode tratá-los como sinônimos, na medida em que a regra geral de interpretação de normas jurídicas determina que ao legislador não é permitida a prescrição de palavras inúteis.³⁹¹

Faz-se, necessário, portanto, estabelecer os exatos limites das referidas expressões, utilizando-se inicialmente como base aquilo que a doutrina nacional e de países da *civil law* têm apontado acerca do tema, para que, no capítulo final do presente trabalho, seja possível, com base na rica experiência da *law of evidence* norte-americana,³⁹² fixar critérios jurisdicionais mais precisos – e legítimos – para a relativização do direito à admissão da prova requerida pelo acusado.

2.3.1.1.1 A relevância *lato sensu* da prova e as diferenças conceituais entre seus elementos “pertinência” e “relevância” *stricto sensu*

Como bem ressaltado por Gustavo Badaró, a doutrina processualista nacional – civil e penal – passou a realmente se preocupar com os critérios para a admissão da prova somente a

³⁸⁸ A presunção da admissibilidade das provas é corolário do próprio direito à prova das partes. Nesse sentido: FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 55; BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 45; NAPPI, Aniello. **Guida al codice di procedura penale**. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 79.

³⁸⁹ CHIAVARO, Massimo. “Considerazioni sul diritto di prova nel processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 2018.

³⁹⁰ Sobre a questão, Furgieuele: “Cioè dire che esiste una presunzione relativa di ammissibilità di tutte le prove, rispetto alla quale il potere discrezionale del giudice di non ammettere una prova richiesta rappresenta una deroga del tutto eccezionale e può essere esercitato solo quando essa appaia *ictu oculi* superflua o irrilevante” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 54).

³⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 311.

³⁹² Analisada no Capítulo III.

partir da década de 1940 do século passado,³⁹³ em razão do adimplemento dos Códigos de Processo Civil e Penal de 1939 e de 1941, respectivamente, sendo certo que, antes de tais marcos legislativos, os estudos sobre o tema circunscreviam-se, primordialmente, à discussão acerca da necessidade ou não de se comprovar aquilo que se revelava notório.³⁹⁴

Moacyr Amaral Santos, um dos primeiros autores nacionais a se preocupar com a questão no Processo Civil, estabeleceu a pertinência como um dos requisitos da relevância, ao afirmar que “a prova do fato deve ser relevante, isto é, admissível, pertinente e concludente”. Ainda segundo o autor, a prova requerida pela parte seria admissível “quando não proibida por lei”; pertinente, “quando adequada à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios do direito invocados”; e concludente, “quando esclarece o ponto questionado, ou confirma as alegações feitas”.³⁹⁵

Cândido R. Dinamarco, a seu turno, contribuiu enormemente para o tema ao desenvolver, de forma mais aprofundada, interessante questão acerca da possível conexão entre o instituto da relevância probatória e os pedidos das partes, qualificando como irrelevante aquela prova cuja produção “nenhuma utilidade [...] poderia ter para o julgamento da causa ou dos pedidos ou requerimentos incidentes ao processo”.³⁹⁶ Assim, o autor relacionou a ideia de relevância à possibilidade de alteração da decisão final, atestando que o fato a ser provado deve ser considerado “irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma”.³⁹⁷

Cabe ressaltar ainda que, para Dinamarco, a pertinência seria igualmente um mero aspecto da própria relevância, não a tratando como um elemento autônomo.³⁹⁸

³⁹³ O autor aponta Lopes da Costa como o primeiro a tentar conceituar fatos impertinentes e irrelevantes, senão, veja-se: “A exclusão do objeto da prova dos fatos impertinentes e irrelevantes foi feita, ao que se acredita, pela primeira vez, por Lopes da Costa, que assim os conceituava: ‘Fatos impertinentes (*in-pertinere* – não pertencer) são os que não pertencem à causa, nenhuma relação têm com ela, não lhe dizem respeito, lhe são estranhos’; ‘Fatos irrelevantes ou inconcludentes são os que, embora se refiram à causa, não influem sobre a decisão, não levão a conclusão alguma (inconcludentes), são indiferentes’” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 234). Todavia, como afirmado pelo próprio autor, nessa linha de raciocínio, o fato pertinente não tem qualquer significado prático, já que para a inadmissibilidade da prova bastaria questionar sua relevância.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 233-4.

³⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 227. Segundo o autor, a admissibilidade se referiria ao fato de a prova não ser vedada por lei, e aplicável ao caso, enquanto a conclusividade guardaria relação com sua aptidão para esclarecer a dúvida suscitada, ou confirmar as teses trazidas pelas partes.

³⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 64.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 64.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 66. Para o autor seria “impertinente o fato que não diga respeito a causa”, desta forma “todo fato impertinente é irrelevante”, embora haja “fatos concretamente irrelevantes, sem que sejam impertinentes – como

Já para Eduardo Cambi, o critério da pertinência apresenta autonomia em relação à relevância. Vê-se isso claramente em sua afirmação de que “o meio de prova de que a parte tem que valer-se em juízo deve ser pertinente, relevante e admissível, além de mostrar-se útil para a decisão da causa”.³⁹⁹

Para o citado autor, a prova pertinente seria, então, aquela que visa comprovar fato controvertido relativo ao mérito da causa,⁴⁰⁰ enquanto sua relevância restaria verificada sempre que aquilo que se pretende provar encontrar correspondência com um “fato abstratamente previsto pela norma aplicável ao caso concreto (*fattispecie*), que deve ser verificado a fim de que se possam aplicar as consequências jurídicas genéricas e abstratamente previstas na norma”,⁴⁰¹ ligando-se, então, diretamente ao conceito de utilidade da prova.⁴⁰²

Especificamente em Processo Penal, José Frederico Marques foi um dos primeiros a se manifestar acerca do tema. Sem estabelecer nitidamente a distinção entre relevância e pertinência, o autor sustentava que “fatos que não pertençam ao litígio e que relação alguma apresentem com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência”, e, ainda, que seriam inadmissíveis como objeto de prova aqueles fatos “que não influírem sobre a decisão da causa”.⁴⁰³

Pode-se extrair de extremamente relevante dos conceitos desenvolvidos pelo autor a ideia de uma correlação necessária entre a admissibilidade da prova e o núcleo da pretensão

no exemplo da autoria atribuída a outrem, estando comprovado que o réu não foi o autor do fato danoso” (Ibid., p. 66).

³⁹⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 137.

⁴⁰⁰ “Um fato é pertinente quando guarda alguma relação com aquilo que está sendo discutido no processo (res in iudicium deducta), não sendo estranho à causa. No entanto, somente isso não basta para que o fato seja suscetível de ser provado em juízo. Por exemplo, os fatos evidentes (v.g., que a luz do dia favorece a visão, e a obscuridade, dificuldade) e os fatos incontroversos, mesmo podendo ter relação com a causa, não integra o objeto de prova, porque sua investigação não interessa ao processo” (Ibid., p. 265).

⁴⁰¹ Ibid., p. 138. Ainda para o autor, o juízo de relevância implicaria em “um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes. [...] O fato é relevante quando a sua investigação é útil, idônea, necessária ou indispensável à solução do conflito de interesses deduzido no processo. [...] Em outras palavras, os fatos irrelevantes são aqueles que, embora possam pertencer à causa, não tem capacidade de influir na decisão” (Ibid., p. 262-5).

⁴⁰² O autor chega a afirmar que o juízo de relevância configuraria uma antecipação do juízo de mérito, baseado em verossimilhança e probabilidade, uma vez que “a relevância (gênero) é um requisito que concerne à prudente avaliação do juiz, chamado a dar uma valoração antecipada e hipotética das consequências jurídicas que derivariam dos fatos alegados, caso viessem a ser provados. Trata-se de um juízo sobre o mérito, já que atinente à res in iudicium deducta, que pode, inclusive, gerar a possibilidade de proferir, desde logo, uma sentença definitiva [...]” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 266). Ainda para Cambi, o critério da admissibilidade relacionar-se-ia somente com a forma e o procedimento probatório previstos em lei (v.g., momento em que a prova tem que ser introduzida no processo; proibições probatórias, etc.), enquanto a utilidade diria respeito à análise acerca da efetividade daquele meio de prova para o convencimento judicial, considerando-se as demais provas já produzidas ou a produzir (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, p. 34 e 138).

⁴⁰³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, p. 274.

acusatória, estabelecendo-se a exigência de sua possibilidade de influência na decisão judicial.

Já Araújo de Souza, para quem igualmente apenas devem ser admitidos aqueles requerimentos probatórios que se encontram diretamente vinculados ao julgamento ou ao “atendimento prático da pretensão do autor”, sustenta que pertinência e relevância traduzem um binômio clássico, ligado aos princípios da razoabilidade, necessidade e utilidade. Ainda segundo o autor, o critério da pertinência relacionar-se-ia com o liame entre aquilo requerido e o que se pretende provar, enquanto a relevância se vincularia ao fato de a diligência servir ou não ao fim do processo.⁴⁰⁴

Por sua vez, Antonio Magalhães Gomes Filho estabelece, em um primeiro momento, uma relação entre os requisitos da pertinência e da relevância e as exigências de ordem lógica.⁴⁰⁵ Estariam, então, ligadas à utilidade da prova para o julgamento, exigindo-se a análise acerca da possibilidade de sua produção representar “perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador”.⁴⁰⁶ Sobre o tema, o autor, em suma, estabelece que o critério da pertinência guardaria referência com a conexão entre aquilo que se quer provar (objeto da prova)⁴⁰⁷ e os fatos principais objetos do processo (*thema probandum*),⁴⁰⁸ enquanto a relevância, a seu turno, relacionar-se-ia com a possibilidade de que aquilo que se pretende comprovar ser suficiente a corroborar, através de inferências, as teses apresentadas pelas partes, ou seja, seria “típicamente relacionada à prova indireta”.⁴⁰⁹

Gustavo Badaró, por sua vez, afastando qualquer possibilidade de que os requisitos lógicos de admissibilidade da prova dependam da verificação concreta de seu resultado probatório, sustenta que tais critérios devem refletir somente “a relação lógica entre o *thema probandum* e o tema que o meio de prova poderá demonstrar”.⁴¹⁰

Assim, para o autor, determinado fato será pertinente “quando houver um juízo de identidade entre esse fato que se pretende provar e fato que integra a imputação ou a causa de pedir (fato jurídico ou principal)”, incluindo-se aí o “fato típico, antijurídico e culpável, bem como sua autoria, além de qualquer aspecto fático que se inclua num juízo de subsunção de

⁴⁰⁴ SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 167-8.

⁴⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 131.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁰⁷ Sendo esse aquele determinado fato que se pretende comprovar por meio de um elemento de prova (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**, p. 35).

⁴⁰⁸ Para Taruffo, o *thema probandum* consistiria no conjunto de fatos cujo accertamento se revela necessário para a decisão final (*Ibid.*, p. 35).

⁴⁰⁹ Justifica ainda, o autor, que a delimitação do direito à prova está relacionada ao fato de que o conhecimento judicial tem relação direta com o exercício do poder, não podendo se admitir que o Estado possa ter acesso a assuntos privados, ou mesmo públicos, que não guardem qualquer relação com o objeto da pretensão acusatória (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 131-2).

⁴¹⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 399-400.

fatos consideráveis na dosimetria da pena”. A relevância, por sua vez, relacionar-se-ia com a prova de um fato secundário ou circunstancial, que, por inferência, permite comprovar ou afastar a existência do fato principal (v.g., prova indiciária de álibi).⁴¹¹

Ante todos os diversos entendimentos expostos, tanto na processualística civil quanto na penal, verifica-se, claramente, a existência de grande dúvida – e confusão – em nossa doutrina acerca dos critérios lógicos de admissibilidade probatória,⁴¹² sendo certo que tampouco a análise semântica dos vocábulos “pertinência” e “relevância” contribui para a solução da controvérsia, uma vez que, na maioria dos dicionários da língua portuguesa, eles são tidos como sinônimos.⁴¹³

E, na experiência jurídica estrangeira, igualmente inexistente unanimidade.⁴¹⁴

O autor espanhol Montero Aroca, expandindo o conceito de impertinência para questões que em muito suplantam o simples critério lógico, afirma que seriam impertinentes e, por isso, deveriam ser inadmitidas, as provas que buscam comprovar fatos notórios não

⁴¹¹ Idem. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 254. Interessante a afirmação do autor de que nas provas constituídas (v.g., prova testemunhal), o juízo de relevância deverá ser mais intenso, “pois eventual admissão de uma prova irrelevante causará desperdício de tempo e atividade processual em quantidade muito maior” (Idem. **Processo Penal**, p. 400).

⁴¹² Os demais autores modernos apenas pincelam o tema, e pouco contribuem para a definição dos referidos conceitos. Greco Filho, parecendo relacionar a pertinência à desnecessidade da prova, afirma que “toda prova deve passar pelo exame de sua pertinência e relevância, de modo que cabe ao juiz indeferir as desnecessárias, irrelevantes e meramente protelatórias” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, p. 379). Nucci, por sua vez, sustenta que “não há que se deferir a realização de qualquer espécie de prova considerada irrelevante (desnecessária para a apuração da verdade relacionada à imputação)” ou “impertinente (desviada do foco principal da causa, embora possa ser importante para outros fins)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 733). Ishida parece acompanhar Badaró no que tange à distinção entre pertinência e relevância, inclusive citando-o, mas, quanto às provas pertinentes, as compara a provas inúteis (ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 127). Polastri Lima, sustenta que “pertinente será a prova relacionada com o processo onde irá ser produzida, não sendo prova inútil ou descabida”, e relaciona “pertinência” e “relevância” ao princípio da economia processual (LIMA, Macellus Polastri. **A prova penal – de acordo com a reforma processual penal**, p. 69); Idem. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 397). Távora e Alencar, sob o ponto de vista da diferença entre objeto da prova e objeto de prova, afirmam que, na primeira categoria, o “foco são os fatos relevantes”, sendo relevante todo “acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz”, enquanto a segunda categoria “diz respeito ao que é pertinente ser provado”, eliminando-se “o que a parte não precisa perder tempo em demonstrar, pois a lei dispensa” (v.g., direito, fato notório, intuitivo, ou inútil, e presunções legais) (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm. 2012. p. 377-8). Já para Mendonça, “prova irrelevante é a que, apesar de tratar do objeto da causa, não possui aptidão de influir no julgamento da causa”, enquanto “provas impertinentes são as que não dizem respeito, diretamente, à questão objeto da discussão” (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 187).

⁴¹³ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 238-9.

⁴¹⁴ Inclusive, parte da doutrina italiana critica a expressão “manifestamente supérfluas e irrelevantes”, constante no art. 190 do CPPi, porque deixaria um grande espaço para discricionariedade judicial. Neste sentido, ver CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 541; COMOGLIO, Luigi Paolo. “Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.”. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 33, p. 113-47, Milano: Giuffrè, p. 129.

afirmados pelas partes, fatos não controvertidos, ou, mesmo quando controvertidos, que não alterem a decisão final ou cuja prova não é permitida por lei. Afirma ainda o autor que “a prova tem que se referir a fatos que constituem a causa de pedir da pretensão exercida pelo demandante ou aos fatos com os quais o demandado tenha ampliado o objeto do debate”.⁴¹⁵

Na América Latina, Eduardo Couture igualmente relaciona o critério da pertinência ao objeto do processo, ao afirmar que “uma prova sobre um fato não articulado na demanda ou na réplica pelo autor, ou na contestação e na tréplica pelo demandado, é prova impertinente”.⁴¹⁶ Já Julio Maier, especificamente analisando o tema sob o prisma do Processo Penal, afirma que a prova será pertinente quando aquilo que se pretende comprovar tiver relação com os elementos do tipo penal imputado (objetivos e subjetivos). O autor assevera ainda que a produção probatória deverá ser sempre ser útil, ou seja: (i) não se poderá buscar comprovar questões cuja prova a lei proíbe ou mesmo fatos notórios que independam de prova; e (ii) não se poderá utilizar meios de prova vedados por lei.⁴¹⁷

Na Itália, a impertinência probatória, vista como sinônimo de *estraneità*, era tratada, em regra, como ausência de congruência entre a prova requerida e o *thema probandum*. Já a irrelevância probatória, de caráter hipotético, verificava-se quando, através de um juízo prognóstico, não se pudesse estabelecer a aptidão do fato objeto da prova⁴¹⁸ – uma vez comprovado – de gerar a consequência jurídica pretendida pela parte requerente.⁴¹⁹ Diferenciava-se, assim, “pertinência” de “relevância”, na medida em que esta última se aproximava de uma ideia de “idoneidade” da prova,⁴²⁰ relacionando-se diretamente com as teses deduzidas em juízo.

Parecendo seguir ainda tal posicionamento, Rossano Adorno afirma que a constatação

⁴¹⁵ Livre tradução do trecho: “*la prueba tiene que referirse a los hechos que constituyen la causa de pedir de la pretensión ejercida por el demandante o a los hechos con que el demandado ha ampliado el objeto del debate*” (MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011, p. 160-2).

⁴¹⁶ Livre tradução do trecho: “*una prueba sobre un hecho non articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la réplica por el demandado, es prueba impertinente*” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 238).

⁴¹⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Parte general. Actos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, t. 3, p. 92-3.

⁴¹⁸ UBERTIS, Giulio, “Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei diritti dell’uomo”. **Rivista de Diritto Processuale**, p. 492.

⁴¹⁹ Idem. “Prove (in generale)”. In: **Digesto – Discipline Penali**. Torino: UTET, 1995, v. 10, p. 320-1.

⁴²⁰ Sobre a questão, Adorno: “*Stando ad un diversa impostazione, che distingue le valutazioni di pertinenza e di rilevanza, la selezione degli esperimenti probatori in relazione alla congruenza con la regiudicanda degli enunciati fattuali su cui vertono sarebbe affidata al criterio della pertinenza, laddove quello della rilevanza afferirebbe alla delimitazione delle fonti e/o mezzi di prova, che sarebbero ammissibili, anzitutto, qualora ne fosse accertata l’idoneità ad apportare elementi di prova da cui inferire proposizioni in grado di confermare o smentire ‘affermazione cui intendono rapportarsi’*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 152-3). Neste mesmo sentido, ver BARGI, Alfredo. **Procedimento probatorio e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990, p. 171; Paolo Tonini, **La prova penale**, p. 44-5.

da relevância da prova deve se fundar em hipótese de verossimilhança da suposição probatória, analisando-se se aquilo que se pretende comprovar seria *ipoteticamente verificabile* através da prova requerida. O autor alerta, todavia, que a decisão sobre a admissibilidade probatória não deve se constituir numa antecipação da futura decisão de mérito,⁴²¹ razão pela qual, na análise da irrelevância da prova, verifica-se somente a “capacidade” persuasiva do meio de prova requerido,⁴²² mas não sua “força” persuasiva enquanto aptidão concreta para convencer o juízo acerca da tese defendida pela parte.⁴²³ Ainda para o autor, o critério da “pertinência” probatória guarda relação direta com a possibilidade de influência na decisão final.⁴²⁴

Todavia, após o *Codice di Procedura Penale* italiano excluir da previsão legal o conceito de *estraneità* como critério de inadmissibilidade probatória, parte da doutrina local passou a tratar o requisito da pertinência como absorvido pelo critério da relevância.⁴²⁵ Isso

⁴²¹ “*Condotta sulla base di siffatto titolo logico, la verifica non impegna sulla plausibilità in concreto dall’affermazione da riscontrare (o confutare) e non suona come anticipazione della futura decisione*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 148). Razão pela qual, inclusive, a jurisprudência italiana tem assentado que não cabe ao magistrado inadmitir a produção de prova requerida pela parte sob o inadequado fundamento de que tal elemento pouco adicionaria ao convencimento judicial, uma vez que, se assim o fizesse, estaria antecipando questão de mérito que deve apenas ser analisada quando da prolação da sentença. Furguele, sobre a questão, citando decisões das cortes italianas, afirma que: “*Sicché, ove il giudice decida di non ammettere una prova testimoniale basando il proprio convincimento sulla presunzione di inattendibilità della fonte, incorre in una palese violazione delle regole stabilite in tema di ammissione delle prove, anticipando un giudizio sulla valutazione della prova medesima che deve essere espresso necessariamente soltanto dopo la sua assunzione*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 48). Concordando sobre o ponto, Bianchi afirma que: “[...] *il giudice, nella fase introduttiva del dibattimento, non deve ammettere o escludere la prova sulla base di una valutazione prognostica della sua idoneità o meno a dimostrare l’esistenza dei fatti dedotti con essa. Una decisione di questo tenore pregiudicherebbe l’imparzialità dell’organo giudicante, rispetto alle richieste delle parti, in quanto lo porterebbe a giudicare ‘sulla base di ciò che già si conosce anche ciò di cui non si ha ancora piena conoscenza*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Análisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 130). O autor cita ainda decisão do Tribunal de Cassação que determinou a impossibilidade de se excluir um meio de prova “*sulla presunzione, ancorché ragionevole, della sua inattendibilità perché, così facendo, anticipa un giudizio sulla valutazione della prova che deve essere necessariamente espressa soltanto dopo che questa sia stata esperita*” (Ibid., p. 155, nota 24).

⁴²² ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 154.

⁴²³ Citando decisão da Suprema Corte italiana, Adorno afirma que: “*Seguendo questo crinale esegetico, la Suprema Corte ha rimarcato che nel contesto di ammissione non è possibile escludere una prova (più specificamente, una testimonianza) ‘sulla presunzione, ancorché ragionevole, della sua inattendibilità’ perché, altrimenti, si anticiperebbe ‘un giudizio sulla valutazione della prova medesima’, suscettibile di essere espresso soltanto a seguito della sua assunzione*” (Ibid., p. 154-5).

⁴²⁴ Este parece ser o conceito adotado também por Dominioni para pertinência, embora, para o autor, a pertinência seja um dos elementos da relevância, junto com a verossimilhança, esta última relacionada com a circunstância de o fato a ser provado poder ser verificado através do conhecimento lógico ou científico (DOMINIONI, Oreste. “Le prove”. In: PISANI, Mario et al. **Manuale di procedura penale**. 8ª ed. Bologna: Monduzzi, 2008, p. 219.

⁴²⁵ ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 149. Tal confusão conceitual se dá porque o art. 190, comma 1 do CPPi, diferentemente do nosso art. 400, § 1 do CPP, apenas faz referência a provas manifestamente irrelevantes, não mencionando a impertinência. Dessa forma, encontram-se decisões dos tribunais italianos que igualmente tratam como iguais os referidos conceitos, como se pode inferir do seguinte trecho de julgado da Suprema Corte daquele país: “[...] *nel vigente sistema processuale – caratterizzato dalla dialettica delle parti (art. 190 c.p.p.), alle quali è attribuito ‘onere di allegare le prove a sostegno dei rispettivi*

porque o artigo 190, *comma* 1, da referida codificação processual penal, somente estabelece atualmente que o magistrado deverá excluir as provas vedadas por lei, bem como aquelas consideradas manifestamente supérfluas ou irrelevantes.⁴²⁶

Nota-se, portanto, igualmente através da análise do panorama internacional, que não é simples a tarefa de estabelecer limites rígidos entre os conceitos de relevância e pertinência, por vezes tratados como sinônimos,⁴²⁷ ou como conceitos interdependentes.

Entretanto, não há dúvidas também de que, na maioria dos posicionamentos supraexpostos, ambas as hipóteses estão ligadas a critérios objetivos e lógicos, rapidamente identificáveis com aquilo que se pode atribuir como o *thema probandum*, apontado neste trabalho⁴²⁸ como composto, em Processo Penal, pelos seguintes elementos: (i) fato imputado e autoria; (ii) questões ligadas à constituição ou ao afastamento da conduta criminosa (elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade); (iii) circunstâncias que influenciem na dosimetria da pena; e (iv) fatos processuais.

Seguindo esse raciocínio, quando verificado que aquilo que se pretende comprovar com determinado meio de prova guarda relação com algum dos supramencionados elementos, haverá relevância *lato sensu* (composta pelo binômio “pertinência” e “relevância *stricto sensu*”) da prova requerida, impondo-se, em regra, sua admissão.⁴²⁹ Assim, o critério de relevância *lato sensu* configura a essência do próprio direito à prova,⁴³⁰ podendo, inclusive, considerar-se este último como o direito à prova relevante.⁴³¹

Acompanha-se, ainda, Gustavo Badaró ao se afirmar que o que difere os conceitos de pertinência e relevância probatória (essa última chamada aqui de relevância *stricto sensu*) é que, na primeira hipótese, há identidade direta entre o fato que se visa comprovar e aquilo que compõe o *thema probandum*; enquanto, na segunda, o objeto da prova revela-se como um fato secundário, cuja comprovação, através de um processo intelectual inferencial, por meio da

petita – il giudice è tenuto a provvedere alle relative richieste sulla base dei parametri di ammissibilità enunciati dall’art. 190 comma 1 c.p.p., con riguardo cioè ai divieti probatori ed alla pertinenza della prova richiesta al thema decidendum” (Cass. 22 gennaio 1993 apud ADORNO, Rossano. L’ammissione della prova in dibattimento, p. 149, nota 33).

⁴²⁶ “Art. 190. Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.”

⁴²⁷ Igualmente tratados como sinônimos, ver VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, p. 28, nota 8.

⁴²⁸ Conforme Seção I.6.

⁴²⁹ Desde que não esbarre nos limites epistemológicos e sistêmicos a serem analisados nos pontos seguintes, evidentemente.

⁴³⁰ Como bem ressaltado por Taruffo: “*In effetti, il diritto alla prova non implica che le parti possono far assumere qualsiasi prova, ma solo le prove utili alla dimostrazione dei fatti rilevanti per la decisione. Si può anzi dire che la rilevanza della prova definisce e circoscrive esattamente l’oggetto del diritto alla prova, che quindi può configurarsi come il diritto alla prova rilevante*” (TARUFFO, Michele. “Il diritto alla prova nel processo civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 39, n. 1, p. 74-120, Padova: CEDAM, 1984, p. 78).

⁴³¹ Nesse mesmo sentido, ver CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 267.

utilização de máximas de experiência,⁴³² atestará a existência ou não de algum dos componentes do *thema probandum*.⁴³³

Assim, de forma similar, trata-se daquilo que Michele Taruffo conceitua como “relevância jurídica” ou “lógica”, sendo o primeiro conceito verificado quando a prova visa atestar fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito,⁴³⁴ enquanto o segundo está diretamente ligado à comprovação de fatos necessários para a inferência lógica acerca da veracidade de enunciados atinentes ao fato principal.⁴³⁵

Dessa forma, para fins de aplicação concreta do parágrafo 1º do art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro, a prova deverá ser rejeitada quando não objetivar atestar fato que comprove direta (impertinência) ou indiretamente (irrelevância *stricto sensu*) alguns dos elementos do *thema probandum*.

Saliente-se, ainda, por fim, que não é porque o conceito de relevância *lato sensu* apresenta caráter lógico-objetivo que se pode prescindir da “mínima idoneidade” da prova, devendo-se exigir, portanto, para sua admissão, a existência de uma possibilidade, ainda que pequena, de o meio de prova requerido comprovar aquilo que, sob a perspectiva da parte, se

⁴³² Como ressalta Cambi, “as máximas de experiência são critérios cognoscitivos com base nos quais são efetuadas atividades probatórias lógico-rationais (deduções, ilações e inferências probatórias). São constituídas de todas as noções, regras, generalizações empíricas, dados estatísticos e observações constatadas pelo senso comum, abrangendo uma esfera ampla e indefinida, que inclui vários campos do saber (técnico, médico, econômico, psicológico, biológico, moral etc.). [...] As máximas de experiência operam como critérios para formular inferências probatórias, servindo, sobretudo como premissas maiores para as presunções simples, que são aquelas as quais não estão previstas na lei, mas que o magistrado extrai de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido”. Elas devem apresentar os seguintes requisitos mínimos: (i) devem ser noções comumente aceitas no ambiente social e cultural; (ii) não podem ser contrariadas pelo conhecimento científico; (iii) sua utilização não deve gerar contradição com outras noções do senso comum (CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 282-91). Taruffo, em sentido similar, afirma que as máximas de experiência “possono essere elaborate, sulla base dell’id quod plerumque accidit’, com l’impiego dell’strumento logico che va sotto il nome di induzione generalizzatrice, e che permette di formulare una legge di portata generale partendo dall’osservazione di un certo numero (indeterminato, ma finito) di eventi probatori” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**, p. 203).

⁴³³ Interessante, no que tange à relação entre a relevância e os fatos secundários, o posicionamento de Salvatore Patti, para quem a admissibilidade do requerimento de prova para comprovar estes últimos dependeria de análise acerca de sua possível capacidade elevada em determinar a existência do fato principal (PATTI, Salvatore. **Le prove**. Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2010, p. 3).

⁴³⁴ Em sentido similar, Calamandrei afirma que o “*giudizio sulla rilevanza è un giudizio di diritto, attinente al merito, che contiene già, in nuce, la decisione definitiva: se il giudice ritiene che i fatti come sono affermati e rappresentati dalle parti, anche se per ipotesi fossero veri, non sarebbero idonei a produrre gli effetti giuridici che la parte pretende, è inutile perder tempo a verificare se quella affermazione corrisponde alla verità*” (CALAMANDREI, Piero. “Verità e verossimiglianza nel processo civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 10, n. 1, p. 164–92, Padova: CEDAM, 1955, p. 174).

⁴³⁵ TARUFFO, Michele. **La semplice verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti, p. 42. Em sentido similar, Miucci afirma que o “*giudizio di rilevanza*”, “*si articola nei due concetti di ‘rilevanza in diritto’ e ‘rilevanza in fatto’*”, sendo o primeiro o “*collegamento fra il singolo oggetto di un mezzo di prova e i fatti costitutivi (nonché modificativi, impeditivi o estintivi) della previsione legale sostanziale*”, e o segundo “*investe il tema di prova vertente non sul fatto principale o su alcune sue componenti, ma su un fatto secondario*” (MIUCCI, Concetta. **La testimonianza tecnica nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 153).

pretende.⁴³⁶

Vê-se, portanto, ante todo o exposto, que a pertinência e a relevância *stricto sensu*, enquanto elementos de um critério geral de relevância *lato sensu*, estão diretamente ligadas à conformidade da prova requerida – e do “potencial resultado da experiência probatória”⁴³⁷ – com o *thema probandum*⁴³⁸ em Processo Penal, devendo este ser o limite interpretativo dos critérios lógicos de restrição ao direito à prova do acusado previstos no art. 400, § 1º do Código de Processo Penal brasileiro.

2.3.1.2 Dos limites epistemológicos: questões acerca da confiabilidade probatória

Por si só, falar-se em limites epistemológicos para produção de prova pelas partes já causa certa espécie, na medida em que o *total evidence principle*, regra que exige a utilização de todo e qualquer elemento probatório para se atingir a verdade de determinado enunciado, releva-se como um dos princípios epistêmicos fundamentais que devem ser observados pelo pesquisador.⁴³⁹

Todavia, existem hipóteses em que a própria lei estabelece, em abstrato, a impossibilidade de produção de determinada espécie de prova em nome de uma suposta melhor qualidade cognitiva do resultado probatório,⁴⁴⁰ restringindo-se, assim, a introdução no processo de elemento probatório que, mesmo sendo relevante e pertinente, possa gerar uma incorreta reconstrução histórica dos fatos.⁴⁴¹

Como bem ressaltado por Leonardo Greco:

Com essas regras, o legislador tenta suprir a imaturidade, a falta de cultura, a falta de experiência de vida de juízes, ou ainda a diversidade de concepções de vida, perenizando costumes e valores que, em última análise, são úteis para homogeneizar a sua atuação na apreciação das questões de fato, para que as suas decisões respeitem os mesmos valores e concepções dominantes na sociedade e sejam desse modo por esta acolhidas como legítimas e justas.⁴⁴²

⁴³⁶ Em sentido similar, mas introduzindo o conceito de inutilidade probatória, Cambi afirma que: “Também é inútil a prova cujo meio (probatório) escolhido for incompatível com o fato a ser provado, porque, nesse caso, apesar de a existência do fato ser possível de ser comprovada, o meio escolhido não é eficaz para demonstrá-lo (v.g., art. 3366 do CPC)” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 441).

⁴³⁷ ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 150.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 148-9.

⁴³⁹ BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 58.

⁴⁴⁰ TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. **Il diritto delle prove penali**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2014, p. 6.

⁴⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 296.

⁴⁴² GRECO, Leonardo, “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 17.

Nesse diapasão, inserem-se claramente como hipóteses de limitações epistemológicas ao direito à prova das partes os arts. 206⁴⁴³ e 207⁴⁴⁴ do CPP, que tratam de restrições ao requerimento de prova testemunhal, e que pela complexidade, serão analisados de forma pormenorizada na seção seguinte.

Também pode ser tratado como limite epistemológico à admissão das provas requeridas o parágrafo único do art. 155 do CPP, ao prescrever que “quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”,⁴⁴⁵ embora não se negue também sua intenção de proteção da segurança jurídica, na medida em que esta garantia impõe, por vezes, que fatos geradores de relações jurídicas relevantes apenas sejam considerados comprovados mediante provas solenes.⁴⁴⁶

São exemplos de tal limitação, a exigência da certidão de casamento (art. 1.543 do Código Civil) – para que se comprove a existência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “e” do CP –, ou mesmo a apresentação da carteira de identidade para comprovação da menoridade do réu, na forma da *Súmula* n. 74, do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁴⁷

Saliente-se, todavia, que, embora determinadas previsões legais, como o art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013 (que estabelece a impossibilidade de condenação com base exclusiva nas declarações de colaborador), ou mesmo o art. 158, do CPP (que exige a produção do exame de corpo de delito quando o crime deixar vestígios),⁴⁴⁸ possam ser incluídos como

⁴⁴³ Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

⁴⁴⁴ Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

⁴⁴⁵ Note-se que disposição similar pode ser encontrada no art. 148 do Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América: “*Art.148. Libertad de la prueba. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley, relativas al estado civil de las personas [...].*” E também se encontra dispositivo similar no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), no parágrafo único de seu art. 187.

⁴⁴⁶ GRECO, Leonardo, “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 16

⁴⁴⁷ Lima, nesse mesmo sentido, aponta que: “[...] imagine-se que determinado delito tenha sido praticado contra o cônjuge. Nesse caso, para que seja possível a incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea “e” do CP, é indispensável que haja nos autos a certidão de casamento expedida pelo Cartório de Registro Civil, nos exatos termos do art. 1.543 do Código Civil. De modo semelhante, a extinção da punibilidade pela morte do agente (CP, art. 107, I) somente poderá ocorrer se houver nos autos a respectiva certidão de óbito, atendendo-se ao quanto disposto no art. 77 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73)” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 626).

⁴⁴⁸ Esta última refere-se à hipótese de provas legais negativas, ou seja: “aquelas na ausência das quais a lei prescreve ao juiz que considere não provada a mesma hipótese [acusatória], ainda que tal ‘não prova’ contraste com sua livre convicção”, desta forma, “na sua ausência se mantém firme a obrigação de absolvição”. Tratam-se, portanto de uma “garantia contra a convicção errônea ou arbitrária da culpabilidade, assegurando

critérios epistemológicos de interferência na liberdade de valoração do julgador,⁴⁴⁹ elas certamente não encerram hipóteses de proibição de produção probatória pelas partes,⁴⁵⁰ razão pela qual não serão objetos do presente estudo.

2.3.1.2.1 Das restrições legais à produção da prova testemunhal com base na ausência de sua confiabilidade: as testemunhas desobrigadas ou proibidas de depor

Evidente que a confiabilidade da prova testemunhal, exatamente em razão da falibilidade da memória humana, poderá sempre ser posta naturalmente em xeque, ainda mais se o lapso temporal transcorrido entre o fato e a colheita do depoimento for relevante.⁴⁵¹ Tal desconfiança acerca da prova testemunhal se encontra ainda mais presente em países da *civil law*, como o nosso, já que ligada ao aspecto cultural, a eles inerentes, da desconfiança nas relações humanas.⁴⁵²

normativamente a necessidade da prova e a presunção da inocência até prova em contrário (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 119). O autor, todavia, critica sua presença, sob o fundamento de que, assim como ocorre com as provas legais positivas, “não existe qualquer critério, formulável em via geral e abstrata, para estabelecer o grau objetivo de probabilidade de uma hipótese acerca de um tipo de prova” (Ibid., p. 120).

⁴⁴⁹ Sobre tais pontos, Badaró afirma que: “o que se poderá encontrar em seus dispositivos legais são situações pontuais em que o legislador, ciente da maior fragilidade ou potência de erro de um determinado meio de prova, mesmo em abstrato, estabelece a sua insuficiência para, isoladamente, fundamentar uma condenação” (BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 68-9).

⁴⁵⁰ A primeira hipótese exige um ônus agravado à acusação, e a segunda somente uma especificade de prova, podendo, inclusive, o magistrado, nesta última, afastar o laudo de exame de corpo de delito produzido, caso encontrem-se deficiências nas técnicas periciais empregadas.

⁴⁵¹ Sobre a problemática da prova testemunhal, Cambi: “Enquanto na prova documental os fatos são representados em um documento escrito ou por um conjunto de símbolos (imagens, som, sinais etc.), ficando os equívocos reduzidos à conversão do fato representado no documento representativo, nas provas testemunhais há de confiar na memória humana, que está, com o passar do tempo, mais sujeita a distorções, além de os depoimentos das testemunhas poderem ser prejudicados por outros fatores (v.g., a testemunha que não se lembra exatamente dos fatos, que imagina as coisas as quais não aconteceram, que, em razão de sua timidez, não sabe expressar-se devidamente, que mente, que tem medo ou algum receio), ficando a veracidade das suas declarações condicionada à análise dos interesses inerentes à controvérsia judicial (v.g., a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que lhe possam causar, ou a seu cônjuge ou parente, grave dano; art. 406, inc. I do CPC)” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 138-9). Ainda sobre a questão acerca da falibilidade da prova testemunhal, Imwinkelried e Garland citam estudo de 28 casos, apontado pelo Departamento de Justiça norte-americano, no qual os acusados haviam sido inicialmente condenados com base unicamente em depoimentos testemunhais e, posteriormente, absolvidos com a juntada de provas técnicas que afastavam por completo sua culpa, como, por exemplo, exame de DNA (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**. LexisNexis, 2015, p. 284).

⁴⁵² Nesse sentido, Denti afirma que “*la sfiducia verso la testimonianza (e verso la parte medesima come testimone)*, che è própria dei paesi di civil law, non è soltanto un dato ‘tecnico’, ma esprime sostanzialmente i convincimenti di una società poco sensibili alla nona fides nei rapporti umani” (DENTI, Vittorio. **L’evoluzione**

Entretanto, quando determinados aspectos atinentes à pessoa que prestará o testemunho (v.g., idade, parentesco, eventuais interesses na causa etc.) puderem levantar importantes suspeitas acerca da veracidade de suas declarações, passa-se a questionar a própria capacidade da testemunha de ser ouvida no curso do processo.

Como bem apontado por Eduardo Cambi, a “capacidade testemunhal” está diretamente ligada ao fato de o declarante “possuir credibilidade para poderem as suas declarações ser consideradas verdadeiras e capazes de serem levadas em consideração pelo juiz”.⁴⁵³

Assim, embora a credibilidade da prova testemunhal possa ser dividida em duas espécies, quais sejam: (i) a credibilidade da testemunha – ligada a fatores relativos à precisão da percepção de fatos pelo declarante, domínio de sentidos, ou eventuais interesses e relação com as partes; e (ii) credibilidade da declaração – que dependeria da precisão e coerência do testemunho,⁴⁵⁴ fato é que apenas o primeiro aspecto está diretamente ligado ao juízo de admissibilidade da prova, devendo ser, portanto, analisado de forma precisa.⁴⁵⁵

As questões acerca da credibilidade da testemunha sempre se mostraram extremamente relevantes para o direito processual,⁴⁵⁶ sendo certo que são objeto de preocupação por diversos dos seus ramos, embora evidentemente em intensidades diferentes.

O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, embora afirme que todas as pessoas poderiam, em tese, depor como testemunha, excepciona, em seu art. 447, as figuras (a) dos incapazes – dentre os quais se encontram os interditos por enfermidade ou deficiência mental, aqueles acometidos por enfermidade ou retardamento mental ao tempo dos fatos ou ao tempo do depoimento, os menores de 16 anos,⁴⁵⁷ e os cegos e surdos, quando a ciência do

del diritto delle prove nei processi civile contemporanei. Processo civile e giustizia sociale. Bologna: Edizioni di Comunità, 1971, p. 82).

⁴⁵³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil:** admissibilidade e relevância, p. 140.

⁴⁵⁴ Ibid., nota 46.

⁴⁵⁵ O aspecto acerca da credibilidade da declaração testemunhal será objeto de verificação pelo magistrado quando da valoração de todos os elementos probatórios produzidos na fase instrutória, fugindo, assim, do escopo do presente trabalho.

⁴⁵⁶ A proibição de prova testemunhal remonta ao art. 11 do Título XXII da Ordenação Francesa, de 1667, que, após ser incorporado pelo Código de Processo Civil napoleônico, veio a ser previsto em diversas codificações europeias (Ibid., p. 158).

⁴⁵⁷ Quanto ao menor de 16 anos, evidentemente que tal limite foi estabelecido com base no entendimento que, ao se estabelecer tal idade, o adolescente já tem um maior discernimento, razão pela qual, inclusive, poderá exercer o direito ao voto, podendo, assim, declarar-se acerca de fatos de forma mais convincente. Outros países igualmente estabelecem restrições com base em idade, utilizando outros patamares, como no Uruguai (art. 155, Código General de Proceso) e no Chile (art. 357, par. 1º do CPC chileno), que prescrevem o limite de 14 anos. Interessante foi a previsão do legislador espanhol no art. 361 da Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ao estabelecer que menores de 14 poderão testemunhar caso o tribunal acredite ter eles discernimento necessário para conhecer e declarar a verdade. Tal prescrição é importante uma vez que não se pode descuidar atualmente do rápido desenvolvimento mental e cognoscitivo das crianças e dos adolescentes em razão da quantidade de informações às quais lhes é dado acesso. Essa é a razão pela qual Cambi considera que a vedação em razão da

fato depender dos sentidos que lhes faltam; (b) dos impedidos – que são aqueles que têm vínculos de parentesco com as partes,⁴⁵⁸ que são partes, ou que intervêm em nome da parte ou que a tenham assistido; e (iii) dos suspeitos – sendo estes os inimigos ou amigos íntimos das partes, ou que têm interesse na demanda.⁴⁵⁹

Todavia, o parágrafo 4º do referido dispositivo, combinado com seu parágrafo 5º, determina que, sendo necessário, o juiz poderá admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, caso em que não será deferido o compromisso, devendo o juiz atribuir-lhe “o valor que possam merecer”. Mesmo assim, tais testemunhas, quando ouvidas, não serão obrigadas a depor sobre fatos que podem lhes gerar grave dano, a seus parentes, ou que estão acobertados por sigilo profissional (CPC/15, art. 448).

Nosso Código de Processo Penal igualmente estabelece a regra geral de que toda pessoa poderá ser testemunha,⁴⁶⁰ estando, todavia, “desobrigados” a prestar esclarecimentos o

idade seria inconstitucional, sempre que demonstrada uma limitação não razoável ao direito à prova. Para o autor, considerando-se que a capacidade de discernimento será sempre casuística, haveria a necessidade de que o menor seja encaminhado para exame por profissional que possa atestar a sua incapacidade de discernir o fato jurídico, bem como narrá-lo, antes de inadmiti-lo como testemunha, realizando-se a colheita da prova, se houver dúvidas, ao lado de um profissional habilitado (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 149-52). Inclusive essa vedação da oitiva dos menores já foi objeto de críticas de Barbosa Moreira em Processo Civil, ao afirmar que: “não se afigura razoável que o depoimento do mesmo menor seja eventualmente inidôneo para fundamentar a condenação do acusado a uma pena e não sirva para ajudar o juiz a decidir se determinado contrato foi assinado sob coação ou qual dos litigantes tem a posse do imóvel disputado” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Alguns problemas atuais da prova civil”. In: _____. **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 148.) Acerca das testemunhas menores, ao classificá-las como testemunhas inidôneas por deficiente percepção da verdade, assim como aqueles que são privados de alguns sentidos, Malatesta, em Processo Penal, sustenta que “no interesse da justiça, em vez de fixar um limite mínimo de idade, como admitamos, o de sete anos, abaixo do qual seriam declarados incapazes e excluídas de depor, julgo melhor fixar limites mais alto, como, admitamos, o de doze anos, obrigando o juiz, no caso de as partes requererem que seja ouvido o menor daquela idade, a submetê-lo a um exame preliminar de sua capacidade, colhendo, ao mesmo tempo, informações dos pais ou tutor” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 341-2).

⁴⁵⁸ Estes poderão ser ouvidos, ante o interesse público, quando não se puder obter a prova por outro modo.

⁴⁵⁹ Como bem ressalta Eduardo Cambi, “não há diferença essencial entre o impedimento e a suspeição da testemunha, porque tanto das pessoas consideradas impedidas quanto das suspeitas é razoável presumir que poderiam auxiliar ou prejudicar um dos litigantes, faltando-lhes o dever de isenção necessário para que pudessem ou quisessem dizer a verdade e tornar o seu depoimento acreditável. Ambas as situações, pois, poderiam ser tratadas conjuntamente, não obstante se possa tentar distingui-las, sem muita precisão, em razão dos critérios da gravidade e objetividade” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 175).

⁴⁶⁰ Conforme art. 202 do CPP. Tal dispositivo foi repetido no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), em seu art. 195, sendo interessante, e salutar, a expressa previsão do método especial de colheita de prova quando a testemunha, ou vítima, for menor de idade, previsto nos arts. 217 a 220, com fim de resguardar a intergridade física, psíquica e emocional do menor, bem como evitar sua eventual revitimização. O C.P.P.i, em seu art. 196, comma 1, traz também disposição similar ao do art. 202 da nossa codificação, afirmando Tonini, sobre o tema, que: “*La regola, che riconosce a qualsiasi persona la capacità di testimoniare, permette che si assumano come testimoni sia l’infermo di mente, sia il minorenne (e quindi anche colui che ha un’età inferiore ad anni quattordici). In questi casi il giudice dovrà valutare con particolare attenzione la credibilità del dichiarante e l’attendibilità della dichiarazione; egli può verificare l’idoneità fisica o mentale del soggetto chiamato a deporre ordinando gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge*” (art. 196, comma 2)” (TONINI, Paolo, **Manuale di Procedura Penale**, p. 2888).

ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado,⁴⁶¹ salvo quando não for possível produzir a prova por outro meio (CPP, art. 206), bem como “proibidas” de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo – a não ser que, autorizadas pelo detentor originário do segredo, queiram voluntariamente prestar declarações (CPP, art. 207).⁴⁶²

Vê-se, portanto, a existência de duas espécies de limitações epistemológicas no que tange à prova testemunhal, expressamente previstas em nossa codificação processual penal, que podem eventualmente atingir o direito à prova defensiva: as hipóteses de “desobrigação” e de “proibição” do testemunho.

A primeira hipótese revela-se similar à vedação do testemunho dos impedidos em Processo Civil, em que se poderia eventualmente verificar um vício de imparcialidade nas declarações prestadas pela testemunha em razão de vínculos de parentesco com o acusado, uma vez que ausente o devido estranhamento ao fato jurídico objeto da demanda.

Embora se possa dizer que tal caso de limitação probatória visa proteger a paz familiar⁴⁶³ – o que poderia qualificá-la também como uma restrição de cunho extraprocessual –, não há dúvidas de que igualmente busca impedir a produção de declarações desconectadas com a realidade, que eventualmente possam induzir o magistrado a erro,⁴⁶⁴ enquadrando-se, assim, como um limite probatório processual epistemológico ao direito à admissão da prova.

Isso porque revela-se natural que o declarante venha a falsear ou omitir a verdade com

⁴⁶¹ Previsão similar encontra-se no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seu art. 199, § 1º. Outras codificações internacionais trazem dispositivos parecidos, como, por exemplo, o arts. 198 e 199 do CPPi. O próprio Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América traz disposição similar, em seu art. 171, ao estabelecer o seguinte: “*Art. 171. Facultad de abstenerse. Están facultados para abstenerse de declarar el cónyuge del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes consanguíneos o por adopción hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo grado, o quien conviva con el imputado, ligado a él por lazos especiales de afecto [...]*”.

⁴⁶² Tal dispositivo encontra correspondência no art. 200 do substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010). Também está previsto em outros dispositivos internacionais, como no art. 200 do CPPi., e no art. 172 do Código Modelo Para Ibero-América, como se verifica, quanto este último, a seguir: “*Art. 172. Testimonio inadmisibile. No podrán ser admitidas como testigos las personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar un secreto particular u oficial. En caso de ser citadas, deberán comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y abstenerse de declarar.*”

⁴⁶³ Como bem afirmado por Amaral Santos, “impor à testemunha, num processo em que se discutem interesses de terceiros, que [...] confesse um crime, ou de seu cônjuge, parente em grau sucessível ou amigo íntimo, seria constrangê-la, a ela que colabora com a justiça, a um sacrifício tal que, no mais das vezes, a levaria ao perjúrio. Seria profundamente desumano e anti-social, quantas vezes sem a menor necessidade ou utilidade pública, reclamar-se da testemunha resposta a questões que atingem a honra sua, ou de pessoas que lhe são caras” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 3, p. 290-1).

⁴⁶⁴ Neste sentido, quanto aos impedidos em Processo Civil, ver ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 140-1, nota 399; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 159.

vistas a evitar uma eventual condenação de seu parente,⁴⁶⁵ sendo esta inclusive a razão pela qual a lei determina, no art. 208 do CPP, que, ainda que desobrigados, caso venham a ser ouvidos, não será deferido aos parentes o compromisso de dizer a verdade, passando a ser chamados por nossa jurisprudência de “informantes”.

Quanto ao ponto, é relevante asseverar que esse compromisso prestado pela testemunha antes de suas declarações tem origem claramente religiosa, como se pode verificar, de forma clara, na praxe norte-americana de se exigir que aquele que será ouvido em juízo preste juramento de dizer a verdade com a mão posta sobre o Livro Sagrado.

Todavia, em nosso sistema penal, o fato de ter sido efetivamente prestado ou não compromisso pela testemunha se revela absolutamente irrelevante para a incidência típica do crime de falso testemunho previsto no art. 342 do C.P.,⁴⁶⁶ não havendo qualquer razão prática para a manutenção de tal instituto⁴⁶⁷ – ainda mais considerando-se a laicidade de nosso Estado⁴⁶⁸ –, bastando-se, assim, que o magistrado, antes da colheita da prova, advirta a fonte de prova acerca da impossibilidade de faltar com a verdade.

Tampouco se deve separar os declarantes, de acordo com o fato de ter sido ou não prestado compromisso, em “testemunhas” e “informantes”. Isso porque, assim se fazendo, estabelece-se *a priori* (antes mesmo da produção da prova) uma qualidade probatória inferior às declarações do “informante”, violando-se o princípio do livre convencimento motivado do julgador, que afasta a possibilidade de se estabelecer hierarquia entre os meios de prova. A carga probatória deve ser conferida pelo magistrado somente quando do momento da valoração da prova na sentença.

Ainda acerca dos limites epistemológicos ao direito à admissão da prova testemunhal,

⁴⁶⁵ Os parentes são considerados por Malatesta como testemunhas inidôneas, por deficiente vontade de dizer a verdade. Segundo o autor, o direito do Estado ao depoimento “deve suspender-se quando se está diante de um dever moral que aconselha a calar: o Estado não deve obrigar à imoralidade: *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*. A testemunha que é levada a calar por um dever moral, é inidônea, não coercível”. Para ele, existiriam duas classes de testemunhas inidôneas desta espécie: as “inidôneas por parentesco com o acusado”; e as “inidôneas por segredo confidencial”. O autor ainda complementa, sustentando que o depoimento contra o próprio parente “por sua própria falta de naturalidade, em lugar de fazer supor um culto à verdade, levaria até a sufocar as afeições em sentido contrário. Por outro lado, o depoimento do parente que se verificasse em favor do acusado não teria valor, supondo-se ditado pelo amor à família” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 343).

⁴⁶⁶ Neste sentido: STF – 2ª Turma, HC n. 69.358/RS, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 09/12/94; STJ – 6ª Turma, **HC n. 92.836/SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 17/05/2010. Em sentido contrário, ver BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/00). 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, v. 5, p. 304.

⁴⁶⁷ Infelizmente, tal previsão, em razão da tradição, foi mantida no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), no art. 196.

⁴⁶⁸ Nesse mesmo sentido, Cambi afirma que o compromisso é um “instituto supérfluo e que não se sustenta por razões puramente morais” (CAMBI, Eduardo, **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 153, nota 79). Amaral Santos defende, todavia, a manutenção do instituto, basicamente fulcrado em razões de tradição (SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**, v. 3, p. 527-9, p. 531).

verifica-se em Processo Penal, como visto, a “proibição” de testemunho de determinada classe de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo.⁴⁶⁹ Encontram-se em tais categorias: o padre, que tem o dever de manter o sigilo das informações que lhes foram confessadas por um fiel; o psiquiatra, que não poderá revelar aquilo que lhe foi dito por seu paciente no curso de uma sessão de análise terapêutica; o advogado, que deverá preservar o segredo acerca daquilo que lhe foi repassado por seu cliente; dentre outros.

Repise-se que o art. 207 do CPP somente autoriza a realização do depoimento de tais pessoas quando, desobrigadas pelo titular originário do sigilo, desejam voluntariamente prestar as declarações cabíveis. Exige-se, portanto, para que seja realizado o testemunho, não apenas a concordância do detentor primário do segredo, mas também a aceitação da prestação do testemunho pelo profissional.

A manutenção do segredo apresenta, assim, ao menos dois interessados, razão pela qual tem se entendido que o referido dispositivo processual visa tutelar duas formas de manifestação dos direitos da personalidade, quais sejam: (i) a esfera privada da pessoa que contou o segredo; e (ii) a esfera profissional daquele que tomou conhecimento das informações sigilosas no bojo de suas atividades.⁴⁷⁰ Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que o segredo, por decorrer de uma relação bilateral entre cliente e profissional, não pertence somente a um ou a outro.⁴⁷¹

Há quem sustente ainda que, além de se proteger a “esfera pessoal do titular do segredo”,⁴⁷² o referido dispositivo resguarda também o interesse público no respeito de certas profissões,⁴⁷³ novamente justificando sua sobreposição ao interesse na apuração da verdade, igualmente titularizado pela sociedade.⁴⁷⁴

No que tange ao sigilo advogado-cliente, o Estatuto da Advocacia (Lei. 8906/94) estabelece em seu art. 34, inciso VII, a infração disciplinar de violação de sigilo profissional sem justa causa.⁴⁷⁵ Entretanto, além de dever, a manutenção do sigilo é igualmente direito do

⁴⁶⁹ Dispositivo similar ao do art. 207 do CPP é previsto no art. 448, inciso II do Código de Processo Civil/2015.

⁴⁷⁰ Uma vez que a profissão configura um dos elementos dos direitos da personalidade (TROCKER, Nicolò, **Processo civile e costituzione**, p. 613, nota 91).

⁴⁷¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, **Direito à prova no processo penal**, p. 130.

⁴⁷² CAMBI, Eduardo, **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 185.

⁴⁷³ Amaral Santos afirma que o “dever de não revelar o segredo, da parte do profissional, se justifica como princípio de ordem pública, tendo em vista o interesse da sociedade, qual o da necessidade dos indivíduos depositarem confiança nos que os aconselham, os guiam, os servem em dados setores da vida social” (SANTOS, Moacyr Amaral, **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**, v. 3, p. 296).

⁴⁷⁴ CAMBI, Eduardo, **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 185.

⁴⁷⁵ O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado pela Resolução n. 02/2015, em seu art. 25, aponta como possíveis hipóteses de justa causa: “grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando

profissional da advocacia, previsto no art. 7º, inciso XIX, do mesmo diploma legal, uma vez que este pode negar-se a depor como testemunha acerca de fatos relacionados a pessoas de quem foi ou seja advogado, ainda que autorizado ou solicitado por estas.⁴⁷⁶

Em sentido similar, no que tange à relação médico-paciente, o Código de Ética Médica⁴⁷⁷ dispõe, em seu art. 73, ser vedado ao profissional da área de saúde “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”. Disposição assemelhada também se encontra no art. 89 do mesmo diploma legal, que estabelece que o médico não poderá “liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa”.⁴⁷⁸

Note-se, todavia, que, muitas vezes, o interesse público pode configurar justificativa válida para a relativização do sigilo médico,⁴⁷⁹ como se pode verificar no art. 269 do CP, que estabelece a obrigatoriedade de o médico notificar determinadas doenças, bem como no art. 66, inciso II, da Lei de Contravenções Penais,⁴⁸⁰ que prevê a necessidade do profissional de comunicar à autoridade competente crime de ação pública incondicionada que tomou conhecimento no exercício de sua profissão médica, desde que não exponha o próprio paciente a procedimento criminal.

Ainda sobre a exigência de sigilo acerca de informações obtidas durante o exercício da relação profissional, existe ainda a possibilidade de, afastando-se o princípio constitucional da transparência dos atos públicos (CRFB, art. 37, *caput*), manter-se o sigilo administrativo de atos praticados por agentes do Estado, quando este se revelar imprescindível à segurança da sociedade e do próprio Estado, conforme estabelece o art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal. Nestes casos, se violado o sigilo pelo funcionário público, este poderá também responder pelo crime previsto no art. 325 do CP, ou mesmo do art. 21 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), sendo possível, assim, concluir que se trata de mais uma restrição ao direito das partes de exigir seu comparecimento em juízo para prestar esclarecimentos acerca de fatos albergados por sigilo estatal.

o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa”.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 193

⁴⁷⁷ Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.

⁴⁷⁸ Embora se apliquem, aqui, as mesmas questões supramencionadas, interessante é o posicionamento de Léo Meyer Coutinho, para quem o sigilo médico visaria “essencialmente à proteção do paciente, e não do médico como muitos possam pensar” (COUTINHO, Léo Meyer. **Código de ética médica comentado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113).

⁴⁷⁹ CARVALHO, Jeferson Moreira. “Sigilo médico”. **Revista dos Tribunais**, n. 722, p. 594-7, dez. 1995.

⁴⁸⁰ Decreto-lei n. 3.688, de 1941.

Previsões similares, versando sobre proteção de sigilo, podem ser encontradas também no art. 53, § 6º, da CRFB, que estabelece expressamente a imunidade de senadores e deputados federais em razão de informações obtidas quando do exercício de mandato, e no art. 5º, inciso XIV, da CRFB, que trata do sigilo da fonte do jornalista.

Saliente-se, entretanto, que, embora a proibição de prestação de testemunho por parte de todos os profissionais supramencionados, prevista no art. 207 do CPP, possa ser considerada uma “limitação probatória extraprocessual”, uma vez que certamente visa proteger interesses privados ou públicos de manutenção de sigilo – todos externos à relação processual –, fato é que também pode se encontrar, na referida norma, um fim claramente epistemológico, quando esta prevê que, mesmo desobrigado pelo detentor originário do segredo, o profissional ainda assim poderá se calar.

Isso porque não há dúvidas de que, ao menos em tese, obrigar-se um profissional, a seu contragosto, a prestar depoimento sobre fatos conhecidos no curso de suas atividades, e sobre os quais tem não apenas dever, mas direito de sigilo, pode fazer com que suas declarações não sejam precisas o suficiente, em razão de sua natural intenção de preservar a profissão, pondo-se igualmente em xeque a fiabilidade do seu depoimento.

Assim, verifica-se um duplo fim na norma do art. 207 do CPP: tanto proteger o direito ao sigilo de seus titulares (extraprocessual), quanto o (subsidiário) de garantir uma maior credibilidade das provas colhidas em sede processual (processual epistemológico), o que justifica a análise realizada no presente ponto.

2.3.1.3 Dos limites sistêmicos

Como analisado em ponto anterior, podem ser verificadas na legislação brasileira claras limitações ao direito do acusado de admissão da prova por ele requerida que, embora refiram-se a situações e questões internas à relação processual, não guardam qualquer conexão com critérios lógicos de relevância e pertinência probatória, nem tampouco visam garantir a maior credibilidade do elemento de prova produzido.

Tratam-se, por conseguinte, de hipóteses em que o próprio legislador infraconstitucional, em abstrato, sopesou a garantia processual do direito à prova com outros interesses igualmente tutelados no processo, como a economia e a celeridade processuais, para determinar a inadmissibilidade das provas chamadas “protelatórias”, “superabundantes”

e “extemporâneas”, como se verá nas próximas seções.

2.3.1.3.1 A prova protelatória

Se a doutrina já se mostra extremamente vacilante quanto à separação e delimitação dos conceitos acerca da pertinência e relevância da prova,⁴⁸¹ o último critério estabelecido expressamente pelo parágrafo 1º do art. 400 do CPP⁴⁸² para a inadmissão da prova requerida pelas partes, consubstanciado no fato dela revelar-se “protelatória”, mostra-se ainda mais problemático, já que, na maioria das vezes, é atestado em conjunto com os critérios lógicos,⁴⁸³ enquanto noutras é confundido com o conceito de “superabundância probatória”,⁴⁸⁴ o que acaba por gerar enorme imprecisão quando de sua aplicação no caso concreto pelo magistrado.

Todavia, o eventual propósito meramente protelatório da prova, que obviamente não pode ser albergado por uma visão de processo justo, apenas será verificado após a superação do crivo da relevância *lato sensu*, com ela não se confundindo. Isso porque, por razões evidentes, uma vez se concluindo pela flagrante irrelevância ou impertinência da prova pleiteada, mostra-se absolutamente desnecessário o questionamento acerca de seu fim protelatório. A prova irrelevante ou impertinente deverá sempre ser inadmitida *in limine*, na medida em que as partes têm o dever de “não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa dos seus direitos”.⁴⁸⁵

Entretanto, revela-se igualmente como razão legítima para a restrição ao direito à prova das partes, incluindo-se aí o da defesa, o fim de se impedir que o processo se torne um

⁴⁸¹ Conforme II.3.1.1.1.

⁴⁸² Ressalte-se que o art. 81, parágrafo 1º da Lei n. 9.099/1995 estabelece também a necessidade de exclusão da prova excessiva, impertinente ou protelatória.

⁴⁸³ Um exemplo é a doutrina de Araújo de Souza, que, ao tratar do tema, aludindo à juntada de diversos documentos pela parte com o único fim de confundir a outra parte, ou mesmo o juiz, afirma que “nestas hipóteses, a propositura de tais meios de prova ou de diligências, por desnecessários ou inúteis, deixa entrever o intuito protelatório ou malicioso da parte, devendo o Juiz inadmiti-los, em virtude de sua abusividade”. E, mais a frente, afirma ainda o autor que “[...] o acusado, por intermédio de sua defesa técnica, não pode tirar proveito de sua própria torpeza, propondo meios de prova desnecessários ou irrelevantes, com vistas a protelar indevidamente a regular marcha processual e ver relaxada a sua prisão” (SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 168, 170).

⁴⁸⁴ Nucci, por exemplo, trata as provas protelatórias como sinônimo de “repetida ou já demonstrada por outras provas anteriormente produzidas” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, p. 734).

⁴⁸⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 80-1.

“vale-tudo”,⁴⁸⁶ protegendo-se, assim, o *fair play* processual.⁴⁸⁷ Isso porque deve-se exigir às partes o respeito à lealdade e à boa-fé processuais, que não se restringe apenas ao fato de não poderem apresentar alegações absolutamente ausente de fundamentos, mas também ao de praticar atos processuais, incluindo-se aí aqueles relacionados à produção probatória, que não tenham como único escopo retardar a prolação do provimento final.

Assim, “protelatórias” serão aquelas provas que não visam ao esclarecimento da verdade, mas apenas a retardar o desenrolar procedimental.⁴⁸⁸

Andrey Borges Mendonça, em tom crítico acerca do tema, afirma ser “sabido que, muitas vezes, os defensores se utilizam de procedimentos procrastinatórios, com o intuito de obter a prescrição”.⁴⁸⁹ Embora se possa vislumbrar certo grau de preconceito em tal afirmação, como se fosse de praxe a utilização de subterfúgios “não ortodoxos” por parte dos defensores para fins de se atingir a extinção da punibilidade – quando muitas vezes a extensão indevida da duração do processo se dê em razão dos longos prazos de demora para manifestação dos órgãos públicos – fato é que a procrastinação indevida, seja por parte da defesa, seja por parte da acusação,⁴⁹⁰ ou mesmo do juízo, deverá sempre ser combatida.⁴⁹¹

Mas quais seriam então os critérios que poderiam ser aplicados para que se possa afirmar, com um mínimo grau de certeza, que determinado meio probatório requerido pela parte considerar-se-ia protelatório? O simples fato de uma prova exculpatória demandar maior tempo a ser produzida, em razão de sua complexidade, seria suficiente para ser taxada de

⁴⁸⁶ ECHANDÍA, Hernando Devís. **Teoria general de la prueba judicial**. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, t. 1, p. 539.

⁴⁸⁷ Como afirmado por Lent, “*lo scopo del processo è la vittoria del diritto e non della furberia e degli stratagemmi*” (LENT, Friedrich. **Obblighi e oneri nel processo civile**. Marco de Stefano [Trad.]. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 9, n. 1, p. 150–8, Padova: CEDAM, 1954, p. 154.

⁴⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges, “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 187.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 188. No mesmo sentido Araújo de Souza sustenta que “não se deve permitir que o tempo hábil e os meios adequados à preparação da defesa, consectários de sua amplitude ou plenitude, se convertam em malicioso expediente procrastinatório com vistas ao alcance da prescrição penal” (SOUZA, Alexander Araújo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**, p. 123-4). A questão será abordada em ponto posterior, mas, de antemão, já se assenta que eventual prescrição do crime não é fundamento válido para se excluir o acesso do réu aos meios adequados à sua defesa. Tais questões hão de ser consideradas ou pelo acusador, quando da elaboração ou oferecimento de sua exordial (diminuindo a quantidade de imputações, ou não agregando excessivo número de fatos em um único processo), ou mesmo pelo legislador, em uma reanálise do instituto da prescrição e de seus prazos.

⁴⁹⁰ Deve-se abandonar a preconceituosa regra do “‘autor-com-razão’ x ‘réu-que-resiste-indevidamente’ (ou que abusa do direito de defesa)”, visto que esta premissa é “desastrosa para os defensores de um processo penal de emancipação” (GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 57).

⁴⁹¹ Mesmo que misturando indevidamente os conceitos de prova superabundante e prova protelatória, correto está Maurino ao apontar que a prova “*sobreabundante con la finalidad de provocar dilaciones, debe ser sancionada como expresa manifestación de inconducta procesal*” (MAURINO, Alberto Luis. **Abuso del derecho en el proceso**. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 66).

protelatória?⁴⁹²

Sem dúvida que a inexistência, em Processo Penal, do instituto da tutela de evidência, típico do Direito Processual Civil,⁴⁹³ torna ainda mais difícil a questão, porque a determinação descriteriosa da produção de toda e qualquer prova pleiteada pela defesa pode efetivamente gerar protelações indevidas no trâmite procedimental, configurando um efetivo abuso do exercício do direito à prova.⁴⁹⁴ Porém, em nome do combate a dilatações processuais indevidas, não se pode correr o risco de se confundir “eficiência” e “efetividade” no Processo Penal. Como bem alerta Alexandre Morais da Rosa:⁴⁹⁵

[...] confundindo efetividade (fins) com eficiência (meios), grudando falsamente os significantes como sinônimos, na ânsia de melhorar a realidade, muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso neoliberal, ao preço da exclusão (sempre existem vítimas, ecoa Dussel) e da Democracia, por se vilipendiar, necessariamente, os “direitos e garantias” constitucionais, rumo ao que se chama de Direito Penal Máximo.

A velocidade no julgamento não deverá se sobrepor a um certo grau de qualidade necessária ao ato jurisdicional. Sobre a questão, interessante exemplo se revelou pesquisa realizada na Alemanha acerca da possibilidade de se adotar o instituto da cesura naquele país, procedimento este que admite a cisão do julgamento em duas fases, uma, relativa à culpabilidade, e outra, relativa à dosimetria da pena. Evidente que a adoção de tal rito gera, inevitavelmente, uma maior demora do trâmite processual, todavia, mesmo que se tenha constatado um elastecimento médio de 30% em relação ao tempo normalmente esperado para o encerramento do processo tedesco, segundo observadores, os benefícios da adoção do procedimento de cesura, como o de impedir que características da personalidade do acusado sejam utilizadas indevidamente para o acerto dos fatos, compensariam a demora.⁴⁹⁶

⁴⁹² O conflito entre a utilização dos meios necessários para o exercício da defesa do réu e o término procedimental dentro de um prazo aceitável é objeto de preocupação desde Beccaria, como se pode verificar no seguinte trecho: “*Conosciute le prove, e calcolata la certezza del delitto, è necessario concedere al reo il tempo e i mezzi opportuni per giustificarsi; ma tempo così breve che non pregiudichi alla prontezza della pena, che abbiamo veduto essere uno dei principali freni dei delitti. [...] Ma le leggi devono fissare un certo spazio di tempo, sì alla difesa del reo, che alle prove dei delitti; e il giudice diverrebbe legislatore, se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare um delitto*” (BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**, p. 47).

⁴⁹³ Conforme Art. 311 do CPC/2015: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;”

⁴⁹⁴ Sobre a crítica a respeito da adoção de institutos tipicamente cíveis em Processo Penal, Alonso Gomes afirma que teríamos atualmente um verdadeiro “sincretismo processual” penal, muito influenciado pelos processualistas cíveis e suas medidas de urgência como antecipações de tutela, no qual a ação de conhecimento e de execução se tornam simultâneas – se não únicas (GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual**: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p. 59).

⁴⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 214.

⁴⁹⁶ MAIWALD, Manfred. “Prova e giudizio. La normativa in matéria del Codice Tipo per l’America Latina: una prospettiva tedesca”. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (a cura di). “**Codice Tipo**” di procedura penale per l’America Latina. Padova: CEDAM, 1994, p. 104-7.

A adoção acrítica de critérios econômicos no Direito⁴⁹⁷ com base em estatísticas, na busca por uma maior celeridade e por uma suposta otimização dos recursos disponíveis, não raramente acaba por gerar inúmeras violações às garantias fundamentais do processo, e, portanto, grave déficit na qualidade jurisdicional.

Desta forma, devem-se buscar critérios para admitir certas dilações procedimentais, tendo como norte a ideia de duração razoável do processo.⁴⁹⁸ Não se nega que a demora processual excessiva gera angústia,⁴⁹⁹ mas há de se delimitar, com um mínimo de precisão, a partir de qual momento se pode configurar o abuso, por parte da defesa, do seu direito de provar,⁵⁰⁰ para tal devendo se considerar os interesses específicos envolvidos em Processo Penal, que certamente exigem reflexão diferente daquela já realizada pelos processualistas civis.⁵⁰¹

Como bem afirma Daniel Pastor, o procedimento penal apresentará traços de arbitrariedade não só em razão da demora na prestação jurisdicional, mas também em função de sua excessiva celeridade. Isso porque igualmente se configura arbitrária a aplicação de pena fruto de um processo em que se desrespeitou o devido processo legal, com a supressão de direitos e garantias do acusado, em prol de uma rápida resposta à sociedade. Em qualquer

⁴⁹⁷ Como bem afirmado por George Stigler, a eficiência revela-se como problema fundamental para o economista, enquanto a justiça é o tema que deve nortear o operador do Direito. Essa é a razão pela qual o autor sustenta que ambos “vivem em mundos diferentes e falam línguas diferentes”, constatação essa forjada na diferença profunda entre a economia, que busca explicar a vida econômica através da análise da ação racional, e o Direito, que se utiliza do critério justiça como elemento regulador de aspectos da conduta humana (STIGLER, George J. “Law or Economics?”. **The Journal of Law and Economics**, v. 35, p. 463, 1992). Não há dúvidas, todavia, que o tema *law and economics* é instigante, sendo um dos seus grandes desenvolvedores na atualidade Richard Posner, juiz da Corte de Apelação do Sétimo Circuito dos EUA. Acerca da questão ver POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007; BECKER, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach.” **Journal of Political Economy**, v. 76, p. 169-217, 1968.

⁴⁹⁸ A duração do processo sempre foi um tema caro à administração da Justiça. Nesse sentido, Pastor afirma que: “*la preocupación por la lentitud de la administración de la justicia no es nueva. La excesiva duración del litigio constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia. Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas ‘a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres’. Las leyes romanas establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año; plazo que, en la época de Justiniano era de dos años*” (PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado Democrático del Derecho**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung-Ad Hoc, 2002, p. 101).

⁴⁹⁹ Como bem observa Marinoni, “a demora no processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 2004, p. 19).

⁵⁰⁰ Não se nega aqui que a parte que abusa de seu direito processual atenta tanto contra a correta administração da Justiça, quanto contra a efetividade do processo. Neste sentido, ver HASSEMER, Winfried. “Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos”. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 123.

⁵⁰¹ Sobre o tema, principalmente em Processo Civil, verifica-se interessante obra coletiva organizada por Barbosa Moreira, **Abuso dos Direitos Processuais** (Rio de Janeiro: Forense, 2000).

dessas hipóteses, verifica-se o fenômeno da “desqualificação constitucional da persecução penal”.⁵⁰²

Evidente que se deve garantir o direito das partes – incluindo-se aí a acusação⁵⁰³ – ao processo sem dilações indevidas,⁵⁰⁴ mas também não se pode fechar os olhos ao fato de que “um processo de empenho garantístico é por força menos célere”.⁵⁰⁵

Será exatamente no equilíbrio entre a necessária celeridade processual e o devido respeito às demais garantias fundamentais do processo, dentre as quais se inclui o direito à prova do acusado, que poderá se constatar o respeito à duração razoável do processo.⁵⁰⁶

Embora reflita um conceito vago e indeterminado,⁵⁰⁷ mas que não se confunde com o mero descumprimento de prazo processual,⁵⁰⁸ a duração razoável do processo trata-se de uma das principais garantias fundamentais que compõem o devido processo legal, interessando, portanto, não só às partes processuais, mas também à própria administração da justiça.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), chamada por diversas vezes a enfrentar tal questão,⁵⁰⁹ embora relute em estabelecer rigidamente a extensão da referida garantia, aponta alguns “critérios-bases” que devem ser analisados caso a caso⁵¹⁰ pelo magistrado, quais sejam: a) o efetivo tempo processual transcorrido; b) o lapso temporal em que o acusado permaneceu preso até o julgamento; c) a conduta processual do acusado e de sua defesa (v.g., se, sempre que intimado para praticar atos processuais, realizou-os sem retardo); d) a complexidade do caso (v.g., o número de réus, a quantidade de fatos imputados, a espécie dos delitos efetivamente atribuídos); e) o desenvolvimento regular da fase

⁵⁰² PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado Democrático del Derecho**, p. 51, p. 94-5.

⁵⁰³ Nesse sentido, Amodio informa que: “*Nessun dubbio che anche il pubblico ministero sia titolare di un diritto alla celerità processuale che gli consente di prevenire abusi e strumentalizzazioni tali da frenare ingiustificatamente lo svolgersi delle attività dirette a vagliare il fondamento della notizia criminis e a dimostrare la consistenza dell'accusa nel processo*”. (AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**. Milano: Giuffrè, 2003, p. 156).

⁵⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 122.

⁵⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da Justiça: alguns mitos”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁵⁰⁶ A CEDH, no julgamento *Galstyan v. Armenia*, em que se discutia a ilegitimidade do processamento da infração penal imputada ao acusado no prazo total de um dia, estabeleceu que a existência de procedimentos abreviados por si só não denota violação ao necessário processo justo, previsto no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, desde que se disponibilize, neste tempo, todas as garantias necessárias ao desenvolvimento da defesa pelo acusado (CEDH. **Galstyan v. Armenia**, 26986/03, 15/11/2007).

⁵⁰⁷ Em análise da jurisprudência da CIDH, Medina afirma que: “*It is apparent from what has been said that reasonable time is an open and indeterminate concept and that a specific period to be applied generally in cases, although of a similar nature, cannot be established*” (MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**. Crucial Rights and Their Theory and Practice. 2nd ed. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 286).

⁵⁰⁸ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

⁵⁰⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 237.

⁵¹⁰ No julgamento *Stögmüller vs. Austria* (1979-80), a CEDH assentou que a garantia da duração razoável do processo não poderia ser traduzida em um número fixo de dias, semanas, meses ou anos (WELLS, Colin. **Abuse of Process**. 2nd ed. Bristol: Jordan Publishing, 2011, p. 113).

investigativa; f) a eficiência das autoridades judiciárias e administrativas.⁵¹¹

Embora tais parâmetros sirvam, ao menos *a priori*, para estabelecer um norte ao operador do direito, as suas extremas generalidade e volatilidade parecem não auxiliar na delimitação mais precisa do limite probatório imposto à defesa com base no suposto fim protelatório da prova por ela requerida.

Assim, pode-se acabar por gerar um grande déficit para a justiça da decisão final o fato de se autorizar uma aceleração desmedida do processo, através do indeferimento arbitrário da utilização de meios de prova exculpatória, sob a única justificativa de que sua produção demandaria um considerável lapso temporal.⁵¹²

A instrução e a cognição, institutos nos quais se funda o Direito Processual, são verdadeiramente aversos à velocidade,⁵¹³ razão pela qual, caso se pretenda, de forma séria, acelerar o procedimento criminal, deve-se propor, primeiramente, uma efetiva redistribuição legítima do tempo processual, diminuindo-se os “tempos mortos” do processo no cartório e reformando-se o sistema recursal, mas não às custas da fase instrutória, nem tampouco afastando, através do estabelecimento de limitações probatórias indevidas,⁵¹⁴ o amplo direito do acusado de se defender provando.^{515,516}

⁵¹¹ Neste sentido, Wells afirma que: “*In determining whether there has been trial within a reasonable time, the ECtHR has been reluctant to apply rigid criteria under Art 5(3) or 6(1). It has taken a case-by-case approach similar to that noted above, taking into account a range of diverse considerations, including the actual time elapsed, length of pre-detention, the effect on and conduct of the accused, case complexity (including procedural complexity), investigatory progress and the efficiency of the administrative/judicial authorities*” (WELLS, Colin, **Abuse of Process**, p. 113). Ainda acerca de tais critérios adotados pela CEDH, ver TUCCI, José Rogério Cruz. “Garantia do processo sem dilações indevidas”. In: _____. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 234-62. Cabe ressaltar ainda que a CIDH, no caso *Genie Lacayo v. Nicaragua* adotou os seguintes critérios, similares aos da CEDH: (i) a complexidade do caso; (ii) a atividade processual da parte interessada; (iii) o comportamento dos órgãos estatais (CIDH. **Genie Lacayo v. Nicaragua**, Merits, Reparations and Costs, 29/01/1997, § 77). No mesmo sentido, ver CIDH. **Juan Humberto Sánchez v. Honduras**, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, 07/06/2003, § 129. Para mais detalhes acerca da aplicação de tais critérios, sob a ótica da CIDH, ver LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

⁵¹² Sem dúvida alguma, as alterações legislativas recentes – principalmente desde a década de 1990, mas reforçadas ainda mais com as reformas pontuais de 2008 – nos procedimentos trouxeram uma “deformalização” do Processo Penal. Mas há de se questionar, como bem apontado por Alonso Gomes, até que ponto a aceleração processual trouxe verdadeiras “deformações” ao referido ramo do Direito (GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual**: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p. 45).

⁵¹³ *Ibid.*, p. 48.

⁵¹⁴ Isso porque, muitas vezes “os meios utilizados para garantir a celeridade como direito do acusado suprimem direitos e garantias de defesa do próprio acusado. Perverte-se o próprio sentido da garantia processual [...]” (PORFIRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. “Celeridade do Processo, Indisponibilidade da Liberdade no Processo Penal e Prescrição Retroativa”. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, São Paulo, n. 45, p. 117, 2003).

⁵¹⁵ Aquilo que Lopes Jr. denomina como “aceleração utilitarista” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 92).

⁵¹⁶ Como já visto, não se nega aqui aquilo alertado por Ataíde Alves, que: “o ordenamento ainda se ressentia da falta de um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias processuais penais, notadamente porque o

Dessa forma, a imposição de qualquer limitação ao exercício do direito à prova em razão da necessidade de aceleração procedimental depende de demonstração clara do desvio de finalidade do ato, ou seja, a inadmissão da prova com base em seu suposto fim protelatório exige a configuração prévia do abuso do direito de provar.⁵¹⁷

O legislador, ao estabelecer no art. 400, § 1º, do CPP, que as provas de cunho protelatório deverão ser excluídas, não buscou afastar os meios de prova que naturalmente demandam tempo para sua produção (v.g., provas periciais, oitiva de testemunhas situadas fora da jurisdição do juízo etc.).

Por tal razão, a título de exemplo, não se pode inadmitir, de antemão, a expedição de carta rogatória para a oitiva de determinada testemunha residente no exterior, sob o único fundamento de que a demora na sua execução demonstraria se tratar de “prova protelatória”. Tal postura judicial estabeleceria uma restrição indevida ao direito probatório da parte, sendo certo que até mesmo o disposto no art. 222-A do CPP, ao estabelecer que a parte requerente da referida prova internacional arcará com os custos de seu envio, deve, igualmente com vistas a não se estabelecer limitações ilegítimas ao direito probatório defensivo, ser interpretado no sentido de que o valor da diligência será devido somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, como naturalmente já ocorre com as demais custas em Processo Penal.

Nesse diapasão, são precisas as lições de Paolo Ferrua ao pontuar que o exercício indevido do direito de defesa, com fins protelatórios, será aquele que “para o acusado não [produz] outra vantagem além da desaceleração do processo em espera à prescrição”. Para o autor, tais atividades claramente retardatárias, “em termos metafóricos, são ‘rodas que giram para o nada’, tendo em mente que, no processo, tudo que gira para o nada é como se girasse contrariamente”⁵¹⁸ aos interesses processuais.

exercício do direito de defesa não logra um caráter ilimitado” (ALVES, Fábio Wellington Ataíde. “O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória”. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 97, jul.-dez. 2007). Todavia, discordamos com a postura do autor em deixar ao critério absolutamente discricionário do juiz, no caso concreto, afastar ou não a prova requerida pela defesa. Insistimos que se devem estabelecer critérios minimamente rígidos para se controlar a decisão judicial restritiva e evitar arbitrariedades pontuais, que serão propostos no Capítulo IV.

⁵¹⁷ Conforme assevera Gomes Filho: “[...] a noção de prova protelatória supõe o dolo processual, cujo reconhecimento depende, evidentemente, da existência de circunstâncias inequívocas. Não será qualquer suposição que poderá levar o magistrado a excluir a prova proposta pela parte” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Procedimento Sumaríssimo e Direito à Prova”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 35, p. 11, nov. 1995).

⁵¹⁸ Livre tradução dos trechos: “*per l'imputato non producono altro vantaggio che il rallentamento del processo in attesa della prescrizione*”; e “*in termini metaforici, sono 'le ruote che girano a vuoto', tenendo presente che nel processo tutto quello che gira a vuoto è come se girasse 'contro'*” (FERRUA, Paolo. “Nel segno del giusto processo: una seconda onda ‘attuativa’ dell’art. 111 Cost.?” In: DI CHIARA, Giuseppe (a cura di). **Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 353.).

Portanto, a inadmissão da prova protelatória pelo magistrado deverá sempre ser baseada na má-fé das partes, ou seja, no fim único de postergação ilegítima do encerramento processual, que deverá ser evidenciado pelo julgador no ato de indeferimento da prova, através da demonstração da absoluta desnecessidade do pleito probatório, uma vez que, em que pese sua relevância *lato sensu*, este não trará qualquer vantagem prática ao requerente, porque idêntico resultado probatório poderia ser obtido por outros meios mais céleres.

2.3.1.3.2 A prova superabundante

O parágrafo 1º do art. 400 do CPP, ao estabelecer as hipóteses de indeferimento do pleito probatório das partes, apenas se refere às provas irrelevantes, impertinentes e procrastinatórias. Todavia, a leitura sistemática de nossa codificação processual penal evidencia a existência de ao menos mais duas hipóteses de restrição judicial ao direito à admissão das provas, quais sejam: a “superabundância” e a “extemporaneidade” probatórias. Enquanto esta última será objeto da próxima seção deste trabalho, passa-se, neste ponto, à análise das provas classificadas como superabundantes.

A vedação legal à superabundância probatória será verificada sempre que a lei, em abstrato, estabelecer limites quantitativos para a admissão judicial de determinada espécie de prova. Os diversos dispositivos processuais penais que prevêem expressamente o número de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes em cada rito procedimental são exemplos claros de sua incidência. Neste sentido, o art. 401 do CPP prescreve que, no procedimento comum ordinário, podem ser requeridas até 8 (oito) testemunhas, sendo certo que, na forma do art. 532 do mesmo código, caso se trate de crimes a serem processados sob o rito sumário, o número será de 5 (cinco) testemunhas.⁵¹⁹ Nada impede, ainda, que para os procedimentos especiais sejam estabelecidos outros limites quantitativos, como ocorre, por exemplo, no rito do Tribunal do Júri. Nesse caso, na primeira fase, apenas se repete a quantidade estabelecida para o rito ordinário (CPP, art. 406, §§ 2º e 3º), enquanto na sessão de julgamento poderão ser

⁵¹⁹ Cabe ressaltar que, substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seus arts. 295 e 298, mantém o mesmo número máximo de testemunhas para o procedimento comum ordinário. Como o procedimento sumário, no substitutivo, diferiria do ordinário apenas quanto à possibilidade de propositura de aplicação imediata de pena ao acusado, uma vez esta não aceita, acompanhará as mesmas regras daquele. Interessante é a previsão expressa de limitação numérica das testemunhas no procedimento comum sumaríssimo, que infelizmente não se encontra, por lapso legislativo, expressamente prevista na atual lei n. 9.099/95. No substitutivo, o número máximo de testemunhas a serem arroladas pelas partes nos Juizados Especiais Criminais é de 5 (cinco), conforme seu art. 337, § 1º.

requeridas até 5 (cinco) testemunhas pelas partes (CPP, art. 422).⁵²⁰

Podem igualmente ser encontradas prescrições acerca da vedação às provas superabundantes – também conhecidas como “supérfluas”⁵²¹ –, em codificações estrangeiras, como, por exemplo, na Itália, em que se prevê expressamente a possibilidade de seu indeferimento, com fulcro no art. 190, *comma* 1, do *Codice di Procedura Penale*.⁵²² As provas testemunhais requeridas pelas partes na fase preliminar ao *dibattimento* deverão ser indeferidas pelo magistrado quando *manifestamente sovrabbondanti* (CPPi, art. 468, “comma” 2).⁵²³

Por sua vez, o Código de Processo Penal português,⁵²⁴ em seu art. 340º, n. 4, alínea “b”, estabelece igualmente que os pleitos probatórios das partes serão indeferidos “se for notório que [...] as provas requeridas são [...] superfluas”.⁵²⁵

Embora o tema acerca da superabundância probatória venha sendo, em regra, ignorado por nossa doutrina e jurisprudência, Gustavo Badaró, um dos únicos a se debruçar sobre a questão em terra nacional, aponta que a justificativa para a sua inadmissão não residiria em exigências lógicas, mas sim na necessidade de se tutelar o princípio da economia

⁵²⁰ O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, trouxe também dispositivos que parecem ao menos tangenciar o tema, ao prever, em seu art. 443, inciso I a possibilidade de indeferimento de prova testemunhal quando os fatos já tiverem sido provados “por documento ou confissão da parte”, bem como, em seu art. 464, § 1º, inciso II, estabelecer a inadmissão da prova pericial quando se mostrar “desnecessária em vista de outras provas produzidas”. Além disso, o mesmo diploma legal estabelece limitações numéricas para o arrolamento de prova testemunhal, prescrevendo, em seu art. 357, § 6º, que o número de testemunhas arroladas pelas partes não poderá superar 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a comprovação de cada fato. Eduardo Cambi, em análise do antigo art. 407 do CPC/73, que trazia previsão similar a deste último dispositivo citado, afirmou que, com tais previsões, “o que o Código de Processo Civil pretende evitar é a repetição desnecessária de depoimentos, encurtando o tempo do processo, e não inviabilizar o exercício do direito à prova e a busca da adequada reconstrução judicial dos fatos controvertidos” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 141).

⁵²¹ Nesse sentido, Furgiele sustenta que: “*Superflue devono interdarsi non solo le prove oggettivamente sovrabbondanti rispetto ad un tema probatorio già oggetto di peculiare attenzione, ma anche quelle il cui unico scopo risulta essere la conferma di altri dati probatori [...]*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 53).

⁵²² “Art. 190. Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.”

⁵²³ “Art. 468. Citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici. 2. Il presidente del tribunale o della Corte di assise, quando ne sia fatta richiesta, autorizza con decreto la citazione dei testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210, escludendo le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestamente sovrabbondanti. [...]”.

⁵²⁴ DL n.º 78, de 17 de fevereiro de 1987.

⁵²⁵ “Artigo 340. Princípios gerais. 4 – Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que: b) As provas requeridas são irrelevantes ou superfluas”. Interessante, acerca de tal dispositivo, foi a decisão da 2ª Secção do Tribunal Constitucional português, que assentou o seguinte: “Há, pois, que concluir que o artigo 340º, n. 4 do Código de Processo Penal, na medida em que confere ao juiz poderes de disciplina da produção de prova, exigindo para o indeferimento desta a notoriedade do seu carácter irrelevante ou superfluo, inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa, ou, ainda, da sua finalidade meramente dilatória, não viola as garantias de defesa do arguido [...]” (2ª Secção do Tribunal Constitucional, Acórdão n. 171/2005/T. Const., Processo n. 764/2004, 06/05/2005).

processual,^{526,527} já que refletiria a evidente inutilidade da prova ao processo cognitivo do magistrado. Tratar-se-ia, por conseguinte, de critério subsidiário,⁵²⁸ apenas aventado após a análise da relevância probatória *lato sensu*.

A doutrina estrangeira, de forma vacilante, tem apontado pela exigência de inadmissão da prova supérflua, ora sob o fundamento de que ela tenderia a produzir resultado já obtido anteriormente por outro meio probatório,⁵²⁹ ora sob o fundamento de que seu resultado poderia ser atingido de outra forma mais eficaz.⁵³⁰

Não faltam críticas, entretanto, na Itália, acerca da possibilidade de inadmissão probatória com base em tal critério, principalmente no que tange à absoluta discricionariedade do juízo ao adotá-lo.⁵³¹

Paulesu, por exemplo, quanto ao ponto, afirma que não se poderia rejeitar determinado meio de prova sob a pecha da *superfluità* quando as provas já existentes nos autos, acerca daquela mesma questão que se pretende comprovar, fossem de outras espécies. Por exemplo, na visão do autor, ainda que haja prova documental atestando determinada assertiva, não poderia o magistrado indeferir o requerimento de prova testemunhal sobre a mesma questão,

⁵²⁶ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 226.

⁵²⁷ O referido princípio visa buscar a maior efetividade do direito material com o mínimo possível de emprego de atos processuais (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 79).

⁵²⁸ Neste sentido, ver BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 227; BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 128.

⁵²⁹ Neste sentido, ver NAPPI, Aniello. **Guida al codice di procedura penale**, p. 79-80. Michele Taruffo igualmente afirma que: “una prova diventa superflua solo quando ciò che essa intende dimostrare è già stato altrimenti dimostrato: solo in questo caso se ne potrà evitare l’assunzione, in nome dell’economia processuale, senza che ciò determini una violazione del diritto alla prova” (TARUFFO, Michele. “Il diritto alla prova nel processo civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 98). O mestre italiano sustenta, ainda, a possibilidade de aplicação do critério da superfluidade da prova no curso da instrução, sempre que o magistrado verificar que uma prova relevante se tornou desnecessária para comprovar determinado fato, em razão de todos os elementos de prova já produzidos (Idem. **La prova dei fatti giuridici**, p. 347). Em doutrina nacional, ver CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 442.

⁵³⁰ NOBILI, Massimo. “Il diritto alle prove ed un rinnovato concetto di prova”. In: CHIAVARIO, Mario (Org.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2, p. 402.

⁵³¹ Embora Bianchi alerte que “la scelta dell’avverbio ‘manifestamente’ – che deve caratterizzare i requisiti di superfluità e di irrilevanza della prova affinché quest’ultima non trovi ingresso in giudizio – esprime la volontà del legislatore di limitare la discrezionalità del giudice di escludere, in una fase solo introduttiva del dibattimento, le prove richieste dall’accusa e dalla difesa” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 127). No mesmo sentido, Adorno afirma que “l’uso dell’avverbio ‘manifestamente’ riduce il potere selettivo del giudice” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 156). Ainda sobre o conceito de *superfluità* no ordenamento jurídico italiano, ver NOBILI, M., “Commento all’art. 190”. In: CHIAVARIO, M. (Coord.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Milano: UTET Giuridica, 1990, v. 2, p. 401-2; DE CARO, A. “Ammissione e formazione della prova nel dibattimento”. In: GAITO, A. (diretto da), **La prova penale**. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l’accertamento giudiziale. Milano: UTET Giuridica, 2008, v. 2, p. 353 e ss, p. 379 e 382.

uma vez que, assim o fazendo, estaria violando “um espaço de incoercível liberdade” do direito à prova, consubstanciado na faculdade que as partes têm de escolher livremente o melhor meio para comprovar sua tese.⁵³²

De toda forma, fato é que o magistrado há de demonstrar sempre muito cuidado quando do indeferimento da prova requerida pelas partes sob o fundamento de sua suposta superfluidade. Isso porque não se pode ignorar a impossibilidade prática de se antecipar, de forma precisa, o futuro resultado de uma prova que sequer foi juntada ou produzida,⁵³³ impedindo-se, assim, de se estabelecer precisamente sua real eficácia probatória, frente aos demais elementos probatórios já produzidos e a serem produzidos nos autos, quando do momento inicial da decisão de inadmissibilidade judicial.

Como se saberá, antes mesmo do testemunho, se somente suas palavras serão bastantes para sustentar a tese apresentada pela parte, ou se será necessária a produção de outras provas no mesmo sentido? Cabe se ressaltar nesse ponto que sequer se pode cogitar a hipótese de indeferimento de prova com base em suposta superabundância – ou mesmo irrelevância ou impertinência – sob o inadequado fundamento de que o magistrado já teria formulado convencimento acerca da questão objeto da prova.⁵³⁴ Tal conduta judicial, por afastar a possibilidade de as partes influírem na decisão final, revelaria uma afronta direta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Mas em que pese toda a dificuldade de se configurar, no caso concreto, a referida superfluidade probatória, não há dúvidas de que o estabelecimento de critérios quantitativos

⁵³² Segundo o autor, a avaliação do requerimento probatório sob o ponto de vista de sua “superfluidade” deverá ser realizada “*solo all’interno delle singole categorie di prova, non potendosi mai porre come giudizio di relazione di una rispetto alle altre*”, sob pena de se tornar uma “*selezione qualitativa, che verrebbe a riguardare il tipo di prova con cui la parte intende fornire la dimostrazione di un determinato fatto storico, determinando così una censura sulle scelte di quest’ultima in ordine agli strumenti di impiego per convincere il giudice, che, nell’ambito di una concezione moderna di diritto alla prova, dovrebbe segnare uno spazio di incoercibile libertà*” (PAULESU, Pier Paolo. **Giudice e parti nella ‘dialettica’ della prova testimoniale**. Torino: Giappichelli, 2002, p. 130). Além disso, como bem afirmado por Cambi, existem vantagens e desvantagens da prova documental frente à testemunhal, constituindo, portanto, meios complementares de reconstrução dos fatos. Segundo o autor: “A prova documental possui duas vantagens em relação à prova testemunhal: a imediatidade, que desloca a formação do fato representativo para um momento precedente ao processo, ficando a representação imune a todas as influências e aos interesses existentes no processo, além de garantir maior fidelidade ao fato representativo, ao contrário do testemunho que, confiando na memória humana, fica mais sujeito à ação do tempo; e a permanência, que facilita a disponibilidade do fato representativo, dando-lhe maior credibilidade. Por outro lado, a representação documental tem a desvantagem de ser mais rígida, isto é, enquanto o testemunho consegue melhor adaptar-se às exigências do interessado e à elucidação das circunstâncias do caso concreto (*vox viva*), o documento (*vox morta*) não possui flexibilidade. Dessa análise é possível concluir que a prova documental muitas vezes não pode prescindir da prova testemunhal e vice-versa, mas que ambos os meios de provas podem fornecer elementos úteis para a elucidação dos fatos no processo. São, portanto, meios complementares que permitem a reconstrução processual dos fatos controvertidos” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 208).

⁵³³ TROCKER, Nicolò, **Processo civile e costituzione**, p. 522.

⁵³⁴ Nesse sentido, Goldschmidt afirma que “*no debe desestimarse una proposición de prueba porque el juez esté convencido de lo contrario que intensa probarse [...]*” (James Goldschmidt, **Derecho procesal civil**, p. 258).

para a produção das provas requeridas pelas partes, como adotado por nosso legislador processual penal, visa atingir relevante fim, qual seja, o de impedir a realização de atos probatórios flagrantemente desnecessários, uma vez que a correta reconstrução dos fatos está mais ligada a critérios qualitativos (v.g., credibilidade das declarações) do que quantitativos (v.g., número de declarações prestadas).⁵³⁵

Por outro lado, não se pode descuidar o fato de que a complexidade do caso e, principalmente, a gravidade da futura pena a ser aplicada ao acusado,⁵³⁶ devem ser fatores a serem considerados quando do balizamento das limitações probatórias quantitativas previstas abstratamente pela lei, exigindo-se que, em crimes mais graves, seja conferida às partes maior possibilidade de produção probatória, como fez nosso legislador, por exemplo, de forma correta, ao estabelecer números de testemunhas diversos para cada tipo de procedimento, em correspondência à gravidade do delito imputado.

Dessa forma, para que se evite a superabundância probatória, caberá à parte selecionar, dentre todas as fontes de prova disponíveis, aquelas que possivelmente contribuirão de forma mais eficaz à comprovação de sua tese, devendo-se respeitar, ao menos em regra,⁵³⁷ o limite quantitativo previsto em lei. Inexiste, portanto, um direito irrestrito e ilimitado da parte em produzir toda e qualquer prova disponível acerca de uma mesma questão.⁵³⁸

2.3.1.3.3 A prova extemporânea: o fenômeno da preclusão probatória

Dentre as possibilidades de limitação do direito à admissão da prova, inclui-se também aquelas referentes à preclusão do ato processual de requerimento probatório pela parte. Não se pretenderá, obviamente, no presente ponto, fazer uma digressão profunda acerca do instituto da preclusão – o que fugiria dos limites do trabalho –, mas apenas delimitar seu

⁵³⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 141.

⁵³⁶ Verifica-se tal questão claramente quando a própria lei estabelece limitações quantitativas diversas para a prova testemunhal em razão da gravidade do crime praticado pelo acusado.

⁵³⁷ Eventual flexibilização de tais limites, em favor do acusado, será objeto da Seção IV.3.2

⁵³⁸ Note-se que até mesmo a prova documental, que, por ser pré-constituída, não demanda tempo para sua produção, poderá, em tese, se revelar quantitativamente supérflua quando, por exemplo, a parte optar por realizar a juntada de enorme número de documentos para comprovar o mesmo ponto, o que poderia acabar por confundir o magistrado quando da decisão final. Nessa hipótese, o magistrado igualmente deverá determinar o desentranhamento parcial da prova, não revelando, assim, tal ato judicial, ao menos em regra, qualquer limitação indevida ao direito de prova das partes. Em sentido similar, ver CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 228.

conceito, suas espécies e suas consequências na atividade probatória, com o fim de subsidiar questões a serem dirimidas no Capítulo IV acerca de sua possível flexibilidade perante a necessidade de comprovação de fatos que sejam favoráveis à defesa.

2.3.1.3.3.1 O conceito de preclusão e sua relação com a busca da verdade

O instituto da preclusão⁵³⁹ é inerente à própria noção de processo,⁵⁴⁰ uma vez que é visto por muitos como princípio fundamental de sua organização.⁵⁴¹ Ele se relaciona, então, com a exigência de uma duração razoável do processo, e está diretamente ligado à ideia de eficiência processual.⁵⁴²

Exatamente pelo fato de o procedimento formar-se por uma série de atos processuais subsequentes e encadeados no tempo,⁵⁴³ que têm como principal fim atingir a decisão final, não se pode repetir atos já passados,⁵⁴⁴ de forma indefinida e irrestrita, sob pena de se estabelecer um eterno *looping* processual, cujo efeito seria, em última instância, a negação da prestação jurisdicional.

Entretanto, sempre se verificou uma maior preocupação com tal instituto na processualística civil – os primeiros passos nesse sentido foram dados por Bülow, no século XIX, e Chiovenda, no século XX –, encontrando-se certo déficit de sua análise quando visto sob o prisma do Processo Penal.⁵⁴⁵

Justifica-se tal circunstância pelo simples fato de que o Direito Processual Civil, à

⁵³⁹ Para Sica, trata-se de instituto processual, uma vez que “apresenta contornos próprios e seu estudo e aplicação podem ser entabulados dentro de rigores científicos, de modo a diferenciá-los de outros institutos, como a decadência, a prescrição ou a nulidade processual” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179).

⁵⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, p. 117.

⁵⁴¹ Nesse sentido Alvaro de Oliveira, ao afirmar que o princípio da preclusão se contrapõe ao princípio da unidade da causa, ou liberdade processual, adotado por alguns ordenamentos, “segundo o qual podem as partes apresentar suas alegações e provas, conforme se mostre necessário, até o momento da sentença” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 170). Assentando ser um princípio geral do direito processual, aplicável tanto no Processo Civil, como no Processo Penal, ver VILHENA, Leonardo da Silva. **A preclusão para o juiz no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112.

⁵⁴² CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2018, p. 62. Gomes e Bianchini, em sentido similar, estabelecem que um dos principais fundamentos do instituto é o princípio da economia processual (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 810, p. 461, abr. 2003).

⁵⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**, p. 14.

⁵⁴⁴ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 223.

⁵⁴⁵ CONTI, Carlotta. **La preclusione nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 3-7.

época dos estudos iniciais acerca da preclusão, apresentava características predominantemente liberais e privatistas,⁵⁴⁶ tendo se mostrado necessária a criação do referido instituto como freio à livre atividade das partes, visão esta que, como se sabe, nunca se verificou no Processo Penal, sempre marcado pela veia publicista.⁵⁴⁷

E exatamente em razão de ter sido um dos primeiros a se debruçar sobre o tema de forma sistemática e profunda, o conceito de Giuseppe Chiovenda, solidificado no trabalho *Cosa giudicata e preclusione*,⁵⁴⁸ e reiterado em sua obra sistemática *Istituzioni di diritto processuale civile*,⁵⁴⁹ acabou sendo adotado por grande parte da doutrina latina europeia⁵⁵⁰ e brasileira.⁵⁵¹

Na visão do mestre italiano, em razão da necessidade de se assegurar precisão e rapidez dos atos judiciais, o processo deve impor “limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, para além desses limites, essas faculdades não possam mais ser exercitadas”.⁵⁵² Assim, entende-se o instituto da preclusão como inerente ao próprio andamento processual, compelindo o processo a superar suas fases procedimentais⁵⁵³ e impulsionando-o em direção à decisão final.⁵⁵⁴

⁵⁴⁶ Em razão das teorias contratualistas (contrato e quase-contrato) acerca da natureza jurídica do processo, que predominavam à época.

⁵⁴⁷ Nesse sentido, Orlandi afirma que: “*La dottrina processual penalistica ha avvertito meno l’esigenza di ragionare intorno al principio di preclusione, per la semplice ragione che nessuno mette in dubbio il carattere pubblicistico del processo e, conseguentemente, la tendenziale indisponibilità delle regole che lo governano*” (ORLANDI, Renzo. “Principio di preclusione e processo penale”. **Processo penale e giustizia**, Roma, n. 5, p. 2, 2011).

⁵⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 3, p. 231-83.

⁵⁴⁹ Idem. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1935, v. 1; Idem. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1936, v. 2.

⁵⁵⁰ Sobre a divisão da doutrina europeia acerca do instituto, Cabral assevera que: “De fato, é impossível não notar a diferença abissal entre as compreensões de preclusão na Europa. Enquanto a concepção latina tende a acompanhar o abrangente conceito chiovendiano, a formulação do processor italiano não ganhou adesão ou atenção nos países de origem tedesca. Neste, é lugar comum relacionar o tema apenas com a preclusão temporal, na linha do antigo direito germânico, profundamente marcado por fases estanques, cuja ultrapassagem dependia de regras preclusivas e prazos peremptórios” (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, p. 122).

⁵⁵¹ Para uma análise profunda acerca da visão do instituto da preclusão na doutrina processual civil italiana e brasileira, ver CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. Para as críticas de parte da doutrina italiana, principalmente Aldo Attardi, Salvatore Satta, e Angelo Falzea, ao conceito *carmeluttiano*, consubstanciado nas correntes negativistas (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 46-50). Em regra, as correntes negativistas afirmam que aquilo vislumbrado como hipóteses de preclusão, em verdade, traduziria outros institutos, como decadência (na hipótese de preclusão temporal) ou o próprio princípio do *ne bis in idem* (preclusão consumativa).

⁵⁵² Excerto, em livre tradução, do seguinte trecho: “*Ogni processo, qual piú qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all’esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono piú esercitare*” (CHIOVENDA, Giuseppe Chovenda, **Istituzioni di diritto processuale civile**, v. 2, p. 479).

⁵⁵³ Neste sentido, Delmanto Junior afirma que um dos principais fins da preclusão é “evitar que a ordem prevista pelo legislador para o desenrolar do processo seja desrespeitada, gerando desperdício de tempo e energia,

Com a preclusão, em verdade, perde-se a “chance” ou a “faculdade”⁵⁵⁵ de se praticar determinado ato processual em razão do atingimento dos limites legais para seu exercício, revelando-se necessário o respeito de suas hipóteses de incidência pelas partes.⁵⁵⁶ Nesse sentido, há quem a classifique como fato jurídico impeditivo, que pode ser causa da extinção ou perda de direito processual de uma das partes, e conseqüentemente, do nascimento de um respectivo direito à contraparte.⁵⁵⁷

Note-se ainda que, em suas obras, Chiovenda examina duas espécies diversas de preclusão, quais sejam: (i) aquela verificada após o encerramento do processo, que tem como função garantir a *intangibilità* do seu resultado, e se aproxima muito do instituto da coisa julgada;⁵⁵⁸ e (ii) aquela ocorrida no curso do procedimento, que visa exatamente ordenar a evolução progressiva do processo⁵⁵⁹ e, por isso, apresenta relevância ao tema do presente trabalho.

Embora o conceito de preclusão tenha sido cunhado no bojo do Processo Civil, a crescente busca pela eficiência do Processo Penal tem feito com que tal instituto venha se

desaguando em indesejada lentidão e conseqüente incerteza jurídica” (DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 295). Note-se, ainda, que, como para o autor, tal instituto apresenta natureza jurídica de ônus, seu não atendimento “jamais terá o efeito de gerar direito à parte contrária, não obstante possa restar ela beneficiada” (Ibid., p. 129).

⁵⁵⁴ Ideia essa aperfeiçoada por Andrioli em sua análise da incidência do instituto no campo dos procedimentos, ver ANDRIOLI, Virgilio. “Preclusione (diritto processuale civile)”. In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (Orgs.). **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET Giurista, 1974, v. 13, p. 567-70.

⁵⁵⁵ Para Chiovenda, a preclusão configuraria “[...] *la perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla lege segnati al suo esercizio*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, v. 2, p. 479). Há quem, como Sica, afaste do instituto da preclusão a ideia de faculdade, aproximando-o da noção de ônus processual. Para o autor, a consequência do adimplemento do ônus, além da obtenção da vantagem a ele ligada, está em evitar a desvantagem da preclusão, ou seja, afastar a impossibilidade de se realizar determinado ato processual. Por isso, na visão do autor, a preclusão, para as partes processuais, estaria sempre ligada a um ônus, e nunca a um dever. Caso o instituto se aproximasse da ideia de uma faculdade processual, este se revelaria como total arbítrio da parte, cuja omissão não geraria qualquer desvantagem (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, p. 101). Caetano Dias igualmente critica a visão *chiovendiana* da preclusão como perda de uma faculdade processual, principalmente porque, segundo o autor, “a expressão faculdade processual não se amolda às atividades exercidas pelo juiz no processo (que, na verdade, tem poderes-deveres), [...]” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 131).

⁵⁵⁶ Cabral criticando uma visão limitada da prescrição como mera perda de uma faculdade, exatamente em razão da existência de outras espécies como a consumativa e a lógica que, em regra, são incompatíveis com uma conduta omissiva, afirma que a “preclusão significa não a perda, mas a exclusão da prática de um ato processual pelo desaparecimento da posição jurídica que a embasa” (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, p. 124).

⁵⁵⁷ CARBONE, Amato. **Archiviazione, non luogo a procedere e sentenza non definitiva sotto a lente del principio di preclusione**. Tese de Doutorado em Direito Público apresentada à Università Degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2008/2009, p. 11.

⁵⁵⁸ Para o festejado autor: “*La cosa giudicata contiene dunque in sé la preclusione di ogni futura questione*”. Ainda segundo Chiovenda: “*Il rapporto dunque fra cosa giudicata e preclusione di questioni può così formularsi: la cosa giudicata è un bene della vita riconosciuto o negato dal giudice; la preclusione di questioni è l’espedito di cui il diritto si serve per garantire al vincitore il godimento del risultato del processo (cioè il godimento del bene riconosciuto all’attore vincitore, la liberazione dalla pretesa avversaria al convenuto vincitore)*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, v. 1, p. 343).

⁵⁵⁹ Idem, “Cosa giudicata e preclusione”. In: **Saggi di diritto processuale civile**, p. 237-8.

tornando cada vez mais útil na seara criminal, sendo certo que as diferenças evidentes acerca da natureza do direito material envolvido em ambos os ramos do direito processual deverá influenciar sua eventual relativização quando versar acerca de questões probatórias defensivas,⁵⁶⁰ como se verá no Capítulo IV. Isso porque, tanto a doutrina nacional, quanto a estrangeira, vêm sempre apontando pela existência de uma íntima relação entre o instituto da preclusão e a busca da verdade processual.

Como bem destacado por Fernando Caetano Dias, com base nas lições de Cândido R. Dinamarco,⁵⁶¹ o núcleo essencial da preclusão é o “risco assumido pela ponderação entre reconstrução dos fatos e tempo”.⁵⁶² Assim, ela se apresenta como técnica de ponderação dessas duas exigências, conferindo peso a elas⁵⁶³ e estando, portanto, diretamente ligada à limitação da busca pela verdade por meio do estabelecimento de limites à atividade probatória das partes.⁵⁶⁴

Nesse mesmo sentido, Ferreira Filho sustenta que os ideais do processo rápido e da sentença justa se apresentam em posições antagônicas, na medida em que, quanto maiores forem as oportunidades atribuídas às partes para arrazoar e comprovar, maior será a probabilidade de se atingir a justiça na sentença, desatendendo, todavia, por outro lado, a necessidade da maior celeridade processual possível.⁵⁶⁵

Na Itália, Giuseppe Guarneri – para quem a preclusão depende da inobservância de

⁵⁶⁰ Como bem afirmado por Dinamarco, “as preclusões constituem, pois, fontes de riscos quanto à fidelidade do produto final do processo de conhecimento ao escopo jurídico do exercício da jurisdição, na medida em que a não efetividade do contraditório é prejudicial à perfeição do conhecimento; por isso é que, em processo penal, menor é o rigor das preclusões quanto ao acusado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290). No mesmo sentido, Caetano Dias: “A diferença da preclusão nesses dois campos, portanto, ocorre não pela definição, mas sim pela medida de sua incidência (isto é, pelo rigor preclusivo nas atividades das partes e do juiz em cada âmbito processual)” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 141). Essa é a razão pela qual o autor afirma que, embora o risco calculado da preclusão entre o acertamento do fato e a celeridade do procedimento “se revele tanto para o processo penal como para o processo civil, o peso de cada exigência variará em cada um deles. [...] Na verdade, a medida dessa ponderação entre elas será decorrência dos interesses em jogo em cada âmbito processual (civil e penal)” (Ibid., p. 143).

⁵⁶¹ Dinamarco, sobre a ponderação entre reconstrução do fato e tempo processual, afirma que: “[...] a boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed., p. 274).

⁵⁶² CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 143.

⁵⁶³ Ibid., p. 148.

⁵⁶⁴ Não há dúvidas de que o sistema de preclusões traz a desvantagem da limitação da busca da verdade, para se evitar o sacrifício da celeridade processual. Neste sentido, Cambi: “a maior desvantagem é sacrificar o interesse público na busca da verdade, que aconselharia conceder todas as oportunidades de dedução probatória, até o momento de proferir a sentença definitiva. Todavia, para que essa exigência fosse satisfeita, seria preciso sacrificar a celeridade processual, além de dar ensejo ao emprego de táticas dilatórias ou abusivas” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 30).

⁵⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**, p. 12-13.

um ônus⁵⁶⁶ —, apresenta o instituto como um ponto de equilíbrio entre o interesse processual na obtenção da verdade e os legítimos interesses da celeridade, boa-fé, e economia processuais.⁵⁶⁷ Afirma ainda o autor italiano que, por essa razão, sua medida variará dependendo do regime político estatal, apresentando-se sempre mais rígida em regimes autoritários.⁵⁶⁸

Na mesma direção, Carlotta Conti aponta que o balanceamento do sistema de preclusões estabelecido em determinado ordenamento penal tem relação direta com a política criminal do Estado.⁵⁶⁹ Assim, para a autora, enquanto no sistema inquisitório, de viés autoritário, a preclusão, quando muito, incidiria somente nos atos da defesa, no sistema acusatório, fulcrado no princípio da autorresponsabilidade das partes, a preclusão encontraria terreno fértil para incidência tanto na atividade processual do autor quanto do réu.⁵⁷⁰

E é exatamente em razão dessa ideia de correlação entre a preclusão e a autorresponsabilidade processual das partes que o instituto vem sendo associado a um ônus do autor e do réu,⁵⁷¹ que poderiam optar pelo seu adimplemento ou não, arcando, assim, com as consequências daí geradas, manifestadas não apenas na perda de uma vantagem processual, mas também na própria desvantagem advinda do direito processual perdido em razão da definitividade da preclusão.⁵⁷²

2.3.1.3.3.2 Espécies de preclusão e a prova extemporânea como forma de limitação legal ao direito à admissão da prova

⁵⁶⁶ GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione (diritto processuale penale)”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Orgs.) **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET Giurista, 1974, v. 13, p. 573.

⁵⁶⁷ “*Il fatto è che lo Stato ha bisogno di giustizia, ma è anche inderogabile necessità che il processo penale si svolga il più rapidamente e il più ordinatamente possibile, onde l'adozione, in maggiore o minore misura, del principio preclusivo*” (Ibid., p. 571).

⁵⁶⁸ O autor afirma ainda que o rigor preclusivo também variará de acordo com a fase processual, devendo tal instituto ser amainado na fase instrutória de primeira instância (Ibid., p. 571).

⁵⁶⁹ CONTI, Carlotta. **La preclusione nel processo penale**, p. 27.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 30.

⁵⁷¹ Evidente que, para os fins do presente trabalho, em que se pretende analisar as limitações ao exercício do direito à admissão da prova defensiva, se analisará somente a preclusão voltada à atividade das partes, mormente a do acusado, e não à atividade do juiz. Sica, inclusive, faz uma crítica à técnica de estudo das preclusões comumente verificada na doutrina, que, em regra, não faz distinção entre ambas as hipóteses, ao afirmar que “as posições jurídicas assumidas pelas partes são totalmente diferentes das posições jurídicas assumidas pelo juiz, de tal sorte que aqui está a gênese de todo o problema concernente à preclusão” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, p. 107).

⁵⁷² Como afirma Caetano Dias, “a preclusão surge justamente para tornar definitiva no processo (como exigência pública) a consequência decorrente do inadimplemento do ônus (pela livre escolha da parte), qual seja, a perda do direito processual associado àquele ônus” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p 138).

Em regra, a doutrina nacional,⁵⁷³ novamente com base nos conceitos *chiovendianos*,⁵⁷⁴ tem classificado as hipóteses de preclusão para as partes em três espécies: (i) “temporal”,⁵⁷⁵ verificada quando o ato processual não é praticado dentro do prazo ou fase⁵⁷⁶ estabelecidos pela lei, ou pelo próprio órgão julgador; (ii) “consumativa”, nas hipóteses em que a faculdade processual já foi efetivamente exercida, impedindo-se, assim, que uma mesma conduta venha a ser praticada mais de uma vez pelos mesmos sujeitos processuais;⁵⁷⁷ e (iii) “lógica”, quando há flagrante incompatibilidade entre o ato processual realizado e a postura adotada anteriormente por aquele sujeito processual – esta última, de difícil incidência quando se tratar de pleito probatório.⁵⁷⁸

Passa-se a analisar, então, como as espécies de preclusão citadas acima se manifestariam como forma de limitação ao direito à prova, apontando as principais visões doutrinárias acerca do tema. Saliente-se, todavia, que não se pretende aqui expor todas as hipóteses e momentos de requerimento de prova nos diversos procedimentos criminais comuns e especiais previstos em lei, já que a presente abordagem apenas visa fornecer suporte teórico para se discutir, em ponto posterior, a possibilidade de se relativizar a aplicação do instituto da preclusão quando da produção de prova exculpatória extemporânea.

⁵⁷³ Neste sentido, ver MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2, p. 285; GOMES, Luiz Flávio Gomes; BIANCHINI, Alice, **Efeitos da preclusão pro judicato no processo penal**. Revista dos Tribunais, p. 459.

⁵⁷⁴ Para Chiovenda, a perda dessa faculdade pode se dar em três hipóteses: “[...] a) o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni; b) o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà, come la proposizione d’un’accezione incompatibile con un’altra, o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza; c) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta)” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, v. 2, p. 479-80).

⁵⁷⁵ Note-se que a doutrina tem afirmado a impossibilidade de tal espécie de preclusão incidir na atividade dos juízes. Neste sentido, ver VILHENA, Leonardo da Silva, **A preclusão para o juiz no processo penal**, p. 87-90; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil**. São Paulo: Método, 2004.

⁵⁷⁶ Sica estabelece versão mais alargada de tal espécie ao asseverar que a preclusão temporal se dará tanto “pela fluência de um prazo”, quanto “pela superação de uma fase do processo” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, p. 129). No mesmo sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**, p. 34; CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 132.

⁵⁷⁷ Marques, afastando-se um pouco de Chiovenda no que tange ao conceito da preclusão consumativa, a coloca ligada predominantemente à atividade do juiz, e não à das partes, tratando-a mais como uma impossibilidade de se rever questões já decididas (MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 169). Sica, por sua vez, nega a existência da preclusão consumativa, sob a justificativa de que a prática de um ato não impede que ele seja novamente praticado, ou alterado, dentro do prazo previsto para sua realização (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, p. 151-4).

⁵⁷⁸ Como bem afirma Caetano Dias, “em razão da natureza dinâmica da instrução, não incide preclusão lógica para o ato processual de propositura” de prova, seja pela acusação, seja pela defesa (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 198, p. 206).

Toma-se aqui por base o procedimento comum ordinário, cujos dispositivos se aplicam subsidiariamente a todos os demais procedimentos (CPP, art. 394, § 5º). As normas de regência estabelecem que o momento principal da propositura de prova pelas partes se dará no início da fase procedimental, ou seja, no momento do oferecimento da denúncia, quando a acusação deverá arrolar suas testemunhas, bem como especificar as demais provas que pretende produzir no curso do processo, como perícias, expedições de ofícios a outros órgãos etc. (CPP, art. 41), ou no momento da apresentação da resposta à acusação pelo acusado, quando este igualmente deverá apontar as testemunhas a serem ouvidas em juízo, assim como os demais meios de prova que pretende ver produzidos (CPP, arts. 396, 396-A).

Requeridas as provas pelas partes, o juiz, então, se manifestará acerca de sua admissão, antes da marcação da audiência de instrução e julgamento (CPP, art. 399), utilizando-se os critérios do art. 400, § 1º do CPP, já analisados. Em seguida, ele determinará, dentre outras providências, a intimação das testemunhas deferidas para comparecimento à audiência, a expedição dos necessários ofícios, das cartas precatórias e rogatórias, bem como a realização da prova pericial eventualmente admitida.

Nesse momento inicial, entretanto, embora venha estabelecido em lei o prazo geral de 5 (cinco) dias se o investigado estiver solto, e 15 (quinze) dias se preso, para a acusação oferecer a peça acusatória inicial acompanhada de seus requerimentos probatórios,⁵⁷⁹ bem como o prazo de 10 (dez) dias, contados após a data de citação do acusado, para a defesa apresentar sua resposta e realizar seus pleitos probatórios, verifica-se, em tais hipóteses, somente a possibilidade de incidência de preclusão probatória consumativa às partes, e não de preclusão temporal.⁵⁸⁰

Isso porque os referidos prazos revelam-se impróprios, seja porque o oferecimento intempestivo de denúncia ou queixa-crime não tem o condão de invalidar as exordiais,⁵⁸¹ seja

⁵⁷⁹ Conforme o art. 46 do CPP, embora nada impeça que leis especiais prevejam outros prazos que incidiriam em crimes específicos nelas previstos.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, ver também CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 132, 184 e ss. Para o autor, a preclusão consumativa apenas incidiria nas hipóteses de prova testemunhal, uma vez que “a lei é expressa que o rol de testemunhas seja apresentado em um específico momento processual (e apenas nele) – qual seja, quando do oferecimento da denúncia”, bem como também “é clara em determinar que o rol de testemunhas da defesa deve ser oferecido quando do oferecimento da resposta à acusação (art. 396-A do CPP)” (Ibid., p. 197, 205). Ressalta ainda o autor que, ainda que a peça já tenha sido apresentada antes do prazo final, esta poderá ser emendada até o encerramento deste, com a inclusão, assim, de novos requerimentos probatórios, ou alteração daqueles já realizados.

⁵⁸¹ No que tange ao prazo para oferecimento da denúncia, Fauzi Choukr afirma, no sentido aqui exposto, que: “a falaciosa estrutura do Código de Processo Penal induz o intérprete a acreditar que a limitação temporal deste artigo [CPP, art. 46] realmente produz efeitos quando, na verdade, observada de forma sistêmica, tem-se que tais disposições nada mais fazem que aparentar severidade. Com efeito, na situação de a pessoa denunciada estar solta, a superação dos 15 dias nada altera na sorte processual” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 1, p. 261-2).

porque a peça de resposta à acusação revela-se obrigatória, sob pena de violação do princípio da ampla defesa, na forma do parágrafo 2º do art. 396-A do CPP.⁵⁸² Assim, apresentadas as referidas peças, com ou sem provas a requerer, estaria, ao menos em tese, preclusa, pela consumação, a fase de requerimento probatório das partes.

Todavia, o procedimento comum ordinário prevê ainda a possibilidade excepcional de nova produção de prova, em primeira instância, ao término da colheita da prova oral, quando as partes poderão “requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (CPP, art. 402).⁵⁸³ Em razão da ausência de previsão legal acerca do prazo para tal requerimento,⁵⁸⁴ caberá ao magistrado determiná-lo, sendo certo que, aí sim, caso as partes não façam seus requerimentos probatórios complementares dentro de tal prazo, ao menos em regra, poder-se-ia verificar a incidência do instituto da preclusão temporal. Deferidas e produzidas tais provas adicionais, ou indeferidas elas, encerra-se a instrução de primeiro grau, passando-se à fase de razões finais das partes (CPP, arts. 403 e 402).

A única exceção expressamente prevista em lei à regra preclusiva dos requerimentos probatórios seria a prova documental,⁵⁸⁵ que, em razão do art. 231 do CPP,⁵⁸⁶ até mesmo por se tratar de prova pré-constituída, na qual não se verifica grande prejuízo temporal para sua produção,⁵⁸⁷ poderá ser juntada aos autos pelas partes a qualquer momento,⁵⁸⁸ quando então

Quanto à queixa-crime, evidentemente esta não poderá ser oferecida após o prazo de 6 (seis) meses contados a partir do conhecimento do suposto autor do fato criminoso, em razão da incidência da decadência, na forma do art. 38 do CPP.

⁵⁸² Em virtude de sua obrigatoriedade, prevista no art. 396-A, § 2 do CPP, “a apresentação da resposta à acusação é um dever processual; mas [...] o oferecimento do rol de testemunhas (que pode constar nessa peça) é um ônus, submetendo-se à incidência da preclusão” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 136, nota 515).

⁵⁸³ Também prevista no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seu art. 302, com a restrição do parágrafo único, de que apenas será deferida se “imprescindível à comprovação das alegações da parte que a requereu”. Hipótese similar vê-se prevista também no Código de Modelo de Processo Penal para a Ibero América, quando, em seu art. 317, estabelece a possibilidade de produção de novas provas, caso se mostrem indispensáveis no curso do processo, senão, veja-se: “317. *Nuevas pruebas. El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes; las operaciones periciales necesarias se practicarán en la misma audiencia, cuando fuere posible.*”

⁵⁸⁴ Na redação original do código, tal fase de diligências do procedimento comum ordinário encontrava-se regrada no antigo art. 499 do CPP, que estabelecia o prazo de 24 horas para as partes requererem novas provas cuja necessidade ou conveniência tivesse se originado de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução. Todavia, como as recentes reformas processuais penais buscaram privilegiar o princípio da oralidade, a regra atual é a realização de tal requerimento em audiência, configurando, portanto, exceção, observável em casos complexos, a possibilidade de o órgão jurisdicional estabelecer prazo para as partes realizarem tal ato.

⁵⁸⁵ Conforme estabelece o art. 232 do CPP, “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

⁵⁸⁶ Dispositivo similar a esse se encontra no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seu art. 247.

⁵⁸⁷ Diferentemente das *provas constituendas*, que demandam certo tempo para sua realização, em razão do necessário respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa quando de sua produção. Um exemplo de prova constituenda seria a prova testemunhal, que prevê rito alongado para sua produção, com a intimação

será levada ao escrutínio da admissão judicial.

Já em segunda instância, o art. 616 do CPP estabelece que “[n]o julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”,⁵⁸⁹ admitindo-se assim certo grau de reabertura probatória em fase recursal, ainda que pareça prevalecer, nesta fase, a possibilidade de produção de prova de ofício pelo órgão jurisdicional.

Vê-se, portanto, que nossa codificação processual penal prevê, em diversas passagens, lapsos temporais dentro dos quais devem ser realizadas as atividades probatórias das partes, impondo-se questionar se a prova extemporaneamente requerida ou juntada deverá sofrer a grave consequência da preclusão consubstanciada na impossibilidade da prática do ato.

Ao analisar o tema sob o prisma do Processo Civil, Eduardo Cambi sustenta a necessidade do respeito aos prazos preclusivos, uma vez que o direito à prova não seria absoluto, devendo-se respeitar seus requisitos temporais e formais. Ainda segundo o autor, “se uma parte pudesse usar os meios de prova sem quaisquer limitações temporais, a duração do processo seria excessiva a ponto de comprometer a tutela jurisdicional dos direitos materiais”.⁵⁹⁰

Já Antônio Alves Barbosa, questionando-se especificamente acerca das modalidades de preclusão probatória em Processo Penal, sustenta a possibilidade de superação pelo magistrado de tais obstáculos à produção de prova, no seu exercício discricionário de averiguação da verdade.⁵⁹¹

No mesmo sentido, na doutrina italiana, Stefano Riccio admite a incidência das modalidades preclusivas somente sobre a atividade probatória das partes,⁵⁹² acompanhando, ainda, os argumentos de Remo Pannain⁵⁹³ de que tais impedimentos poderiam ser superados

prévia das partes para comparecimento em audiência na qual será possibilitada a realização de perguntas e reperguntas.

⁵⁸⁸ Neste sentido, Pacelli e Fischer afirmam que: “[...] a regra, portanto, é que as provas documentais ou os documentos possam ser trazidos a qualquer tempo, desde que em condições para o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a preservação da efetividade do processo, a ser realizado em prazo razoável (ao menos em tese!)” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 464). Cabe ressaltar, todavia, que, se tratando de segunda fase do procedimento especial do Tribunal do Júri, a prova documental a ser referida na sessão plenária deverá ser juntada com antecedência mínima de três dias da data do julgamento, com vistas a propiciar o efetivo exercício do contraditório pela parte contrária, na forma do art. 479 do CPP.

⁵⁸⁹ Dispositivo similar se encontra previsto no art. 516 do substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010).

⁵⁹⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 28 e 32.

⁵⁹¹ Porque o autor defende a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz (BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 113-4).

⁵⁹² RICCIO, Stefano. **La preclusione processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 110.

⁵⁹³ Pannain, no sistema italiano, mesmo apontando o caráter sancionatório do instituto (no Brasil, entendendo por seu caráter sancionador, ver PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. “Da preclusão no direito processual penal”.

pela capacidade probatória judicial, em nome da busca pela verdade real e do livre convencimento motivado, suprindo-se, assim, a deficiência das condutas probatórias do autor e do réu.⁵⁹⁴

Evidente, todavia, que quando se busca discutir a possibilidade de admissão de prova requerida extemporaneamente pelas partes, não resolve a questão afirmar-se que tal elemento probatório poderá ser sempre introduzido no processo como ato próprio do magistrado, em substituição àquelas.⁵⁹⁵

Isso porque, como visto, o direito à admissão da prova requerida tanto pela acusação, quanto pela defesa, gera, como outra face da mesma moeda, o dever judicial de admiti-la, devendo-se, portanto, analisar a problemática acerca da prova extemporânea sob esse prisma. Na hipótese, por exemplo, em que o réu requeira, intempestivamente, prova relevante *lato sensu*, ainda assim teria o magistrado o dever de deferi-la; ou seria mera faculdade do julgador produzi-la?

Embora admitindo a possibilidade de produção de prova de ofício pelo juiz, Miguel Pessoa Filho sustenta que, mesmo que as provas requeridas pelas partes sejam extemporâneas, deve o juiz admiti-las se tendentes a influir no esclarecimento dos fatos.⁵⁹⁶

Em sentido contrário, Roberto Delmanto Júnior afirma que a inatividade da parte quando do momento processual especificamente previsto em lei para o requerimento probatório geraria sempre sua preclusão, à exceção da prova documental, que, como visto, poderia ser juntada a qualquer momento, desde que, por força das garantias do contraditório e da ampla defesa, seja aberta vista à parte contrária para manifestação antes da sentença.⁵⁹⁷

Acompanhando-se em parte Delmanto Júnior, defende-se aqui, ao menos como regra,

Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 7, n. 28, p. 54, abr.-jun.1982; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal”. **Revista dos Tribunais**, p. 467, abr. 2003), afirma igualmente que a preclusão não deveria incidir em matéria probatória, uma vez que nesta área incidiria a insuperável necessidade de se obter o accertamento da verdade real, bem como o princípio do livre convencimento do magistrado (PANNAIN, Remo. **Le sanzioni degli atti processuali penali: nullità, preclusioni, decadenze, inammissibilità**. Parte I – dottrina. Napoli: Jovene, 1933, p. 475). Tais justificativas são as mesmas utilizadas, no País, por Vilhena para sustentar a inexistência de preclusão judicial quanto aos poderes probatórios do magistrado, sendo para este, segundo o autor, o único limite, a publicação da sentença (VILHENA, Leonardo da Silva. **A preclusão para o juiz no processo penal**, p. 111, p. 152). Em sentido similar, ver PESSOA FILHO, Miguel Thomaz, “Da preclusão no direito processual penal”. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, p. 51.

⁵⁹⁴ RICCIO, Stefano. **La preclusione processuale penale**, p. 110.

⁵⁹⁵ Note-se que a parcela da doutrina que admite a produção extemporânea de prova pela parte, em regra, tem afirmado que para tal “basta que o magistrado as encampe, ou seja, que entenda as provas como pertinentes e deseje produzi-las de ofício” (VILHENA, Leonardo da Silva. **A preclusão para o juiz no processo penal**, p. 153).

⁵⁹⁶ PESSOA FILHO, Miguel Thomaz, “Da preclusão no direito processual penal”. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, p. 56.

⁵⁹⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto, **Inatividade no processo penal brasileiro**, p. 301-3.

a legitimidade da inadmissão de provas extemporâneas em Processo Penal. Prescindir-se peremptoriamente da aplicação do instituto da preclusão, mesmo em matéria probatória, não parece ser a melhor solução para se garantir um desenrolar minimamente ordenado do procedimento criminal.

Entretanto, ao se afirmar isso, não se está sustentando que tal instituto deverá ser sempre aplicado, de forma rígida, indistintamente a todas as hipóteses. A regra deverá ser o respeito às fases e aos prazos procedimentais previamente determinados por lei para a produção probatória, sendo certo, todavia, que uma possível relativização desta diretriz em razão de requerimento probatório defensivo extemporâneo será analisada, de forma pormenorizada, no Capítulo IV deste trabalho.

3 O DIREITO À PROVA DEFENSIVA E SUAS LIMITAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No presente capítulo, será realizada uma análise inicial do funcionamento do procedimento penal norte-americano, para que, a partir de uma delimitação da visão sedimentada pela Suprema Corte dos EUA acerca das garantias constitucionais do acusado, seja possível identificar a importância conferida por aquele sistema ao direito à prova defensiva, bem como as limitações à admissão da prova exculpatória estabelecidas pelas *Federal Rules of Evidence* e pela praxe forense daquele país, com o fim de subsidiar, no capítulo seguinte, conclusões acerca da legitimidade das restrições probatórias oponíveis ao acusado no sistema processual penal brasileiro na fase processual, bem como soluções para a maximização do direito do acusado de se defender provando.

3.1 Um breve resumo do procedimento criminal nos Estados Unidos da América

O processo penal norte-americano, de origem anglo-saxônica, caracteriza-se, em razão das influências sofridas pelo sistema inglês, por ser do tipo adversarial, em contraposição ao verificado nos países da Europa continental – e outros por eles influenciados, como o nosso –, de origem romano-germânica, aos quais a doutrina tem atribuído a alcunha de não adversarial (ou inquisitorial).⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ Note-se que a cultura jurídica brasileira, em regra, seguindo novamente a doutrina europeia continental, tem classificado os sistemas processuais penais em acusatório, inquisitório e misto, o que faz com que, muitas vezes, se trate o acusatório, verificado na fase republicana de Roma, como sinônimo de adversarial, e o inquisitório, este verificado na fase imperial romana, como sinônimo de não adversarial. Grinover, todavia, ao distanciar ambas as classificações, no bojo da discussão acerca dos poderes probatórios do juiz, defende que “o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídico processual juntamente com o juiz) nada tem a ver com iniciativa instrutória do juiz no processo penal”. A inexistência de poderes instrutórios do juiz se relacionaria “com o denominado adversarial system, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao inquisitorial system, da Europa continental e dos países por ela influenciados” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, **Revista Forense**, v. 347, p. 3-4, 1999). Ainda segundo a autora aquilo que realmente diferencia o sistema acusatório do inquisitório é que “no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente”. Neste mesmo sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 19. Concorde-se, assim, com Malan, quando o autor afirma que, em razão do conceito tripartido acusatório-inquisitório-misto ter sido desenvolvido “para sintetizar a evolução dos modelos processuais penais, vistos da perspectiva e segundo os padrões de interesses inerentes à família romano-germânica [...], é de pouca utilidade tentar extrair a força os conceitos de processo penal adversarial e non-adversarial da sobredita classificação tripartida, máxime no bojo

Dessa forma, trata-se de processo penal fundado na ideia de que o confrontamento de provas, em um procedimento regrado, gera maior eficiência na produção da prova que formará a base para o julgamento realizado por um magistrado neutro.

Essa é a razão pela qual Diogo Malan, com base em Stephan Landsman, aponta como elementos essenciais do processo penal adversarial a existência de um julgador neutro e passivo (*neutral and passive decision maker*);⁵⁹⁹ a iniciativa instrutória das partes processuais (*party control*);⁶⁰⁰ e a presença de um ambiente forense altamente estruturado (*highly structured forensic setting*).⁶⁰¹

Assim, com base nessas principais características, a doutrina norte-americana tem apontado, dentre outras, as seguintes distinções entre o sistema adversarial, associado à jurisdição anglo-americana, e o inquisitorial, associado ao sistema dos países europeus continentais, a saber: (i) procedimento focado nas partes, em contraposição a um procedimento focado na imparcialidade; (ii) magistrado passivo, em contraposição a um magistrado mais ativo; (iii) procedimento oral, em contraposição à predileção de um procedimento escrito; (iv) julgamento pelo júri, em contraposição a julgamento realizado por juízes profissionais; (v) limitação a impugnação dos veredictos, em contraposição a uma maior recorribilidade das decisões judiciais finais.⁶⁰²

Não há dúvidas de que o apontamento de tais diferenças entre os sistemas, fulcrado na dicotomia adversarial e inquisitorial, traz benefícios para o estudo do direito comparado, como, a exemplo dado por Máximo Langer, no fornecimento de subsídios para justificar opções legislativas verificadas nas diversas jurisdições penais.⁶⁰³

de estudo comparativo entre as características gerais dos sistemas processuais penais da *common law* e da família romano-germânica” (MALAN, Diogo Rudge, **Direito ao confronto no processo penal**, p. 18).

⁵⁹⁹ Exatamente em razão dessa preocupação com a neutralidade do julgador, o autor afirma que o sistema adversarial favorece a presença de juízes leigos como julgadores do mérito, uma vez que, diferentemente do juiz togado, estes não proferem decisões interlocutórias; não tem predisposições, já que “alheios ao dia-a-dia da administração da justiça”; integram órgão colegiado, o que pulverizaria eventual preconceito; e podem, eventualmente, ser excluídos por suspeição (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 19).

⁶⁰⁰ Nesse mesmo sentido, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. **Revista Forense**, v. 347, p. 3-4, 1999.

⁶⁰¹ MALAN, Diogo Rudge, **Direito ao confronto no processo penal**, p. 18-19. As *rules of evidence*, que serão analisadas no ponto seguinte, compõem, junto com as *rules of ethics*, exatamente esse “ambiente forense altamente estruturado” mencionado pelo autor e visam, primordialmente, assegurar a *fairness* do julgamento.

⁶⁰² LANGER, Máximo. “Strength, weakness, or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure”. In: ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. (Orgs.). **Comparative Criminal Procedure**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 529. Cabe ressaltar, todavia, que a doutrina não apresenta unanimidade quanto às características principais dos dois modelos (DAMAŠKA, Mirjan. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 121, p. 506-89, 1973).

⁶⁰³ LANGER, Máximo, “Strength, weakness, or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure”. In: **Comparative Criminal Procedure**, p. 523-6.

Entretanto, cabe aqui a ressalva, feita pelo próprio autor, de que a adoção de tal critério como forma única para justificar a diferenciação dos sistemas processuais penais internacionais pode acabar gerando, ao intérprete, os seguintes efeitos negativos: (i) a cegueira (*blinding*), na medida em que a concentração no referido dualismo faz com que muitas vezes não se enxerguem outros aspectos fundamentais do sistema criminal (v.g., o nível escolar, raça, sexo etc. dos atores do procedimento criminal de cada país); (ii) a distração (*distracting*), já que acabaria por se privilegiar determinados tópicos, perspectivas e metodologia, em detrimento de outros, o que se verifica, na prática, com a centralização da análise em sistemas ocidentais de países desenvolvidos (v.g., EUA, França, Alemanha etc.), em detrimento de outros; (iii) o embaraçamento (*blurring*), verificado na simplificação da explicação das diferenças entre as diversas jurisdições com base unicamente em suas origens, ignorando a possível influência de outros aspectos fundamentais.⁶⁰⁴

De toda forma, certamente a inspiração no sistema adversarial faz com que o procedimento adotado nos EUA, por vezes, afaste-se daquele adotado em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual, para facilitar o entendimento das questões que serão abordadas nas próximas seções – mas sem qualquer intenção de ser exaustivo acerca do tema, até porque o presente trabalho tem como foco apenas a forma de limitação da produção probatória defensiva naquele sistema –, torna-se necessário trazer uma breve introdução ao procedimento criminal daquele país.

Ressalte-se, todavia, que, exatamente em razão de seu sistema federalista, em que cada estado tem competência para legislar em matéria processual, podem-se encontrar algumas diferenças tópicas de jurisdição para jurisdição.⁶⁰⁵ Optou-se aqui, então, por se utilizar como parâmetro geral a jurisdição federal, na medida em que, como será visto em ponto seguinte, as cortes federais deverão respeitar, na integralidade, todas as garantias do acusado previstas no *Bill of Rights*, fazendo com que o procedimento criminal por elas adotado seja o parâmetro mais adequado para os fins a que se propõe o presente trabalho.

Erwin Chemerinsky e Laurie Levenson apontam treze etapas como as principais do

⁶⁰⁴ Ibid., p. 526-32. Inclusive, Jackson e Summers sustentam que a grande natureza transformativa da ideia de processo justo como algo universal vem sendo tornada obscura com a insistente manutenção da visão dualista entre procedimentos inquisitoriais ou adversariais (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 79).

⁶⁰⁵ Os EUA têm 52 diferentes jurisdições, que incluem cada estado, o Distrito de Columbia e a jurisdição federal, o que faz com que possam existir diferenças procedimentais em cada espécie de jurisdição. Além disso, assim como acontece em nosso sistema (CPP, art. 394), o ordenamento jurídico norte-americano prevê a existência de diferentes normas procedimentais específicas, que incidirão de acordo com a gravidade e a espécie da conduta delitiva imputada.

procedimento processual penal norte-americano:⁶⁰⁶ (i) *pre-arrest investigation*; (ii) *arrest*; (iii) *filing the complaint*; (iv) *Gerstein review*; (v) *first appearance*; (vi) *Grand Jury or preliminary hearing*; (vii) *arraignment on indictment or information*; (viii) *discovery*; (ix) *pretrial motions*; (x) *plea bargaining and guilty pleas*; (xi) *trial*; (xii) *sentencing*; e, finalmente, (xiii) *appeals and Habeas Corpus*. Todas elas passarão a ser analisadas a seguir, de forma resumida, apenas para subsidiar as questões referentes ao exercício do direito probatório pelo acusado.

A *pre-arrest investigation* constitui fase em que a autoridade policial busca a obtenção de elementos de convicção que possam elucidar a prática do crime e subsidiar a possível representação pela prisão do investigado junto ao órgão jurisdicional, utilizando-se para tal da expedição de mandados de busca e apreensão, colheita de prova testemunhal e contato com informantes.⁶⁰⁷

A etapa chamada pelos autores de *arrest* configura o momento em que efetivamente é decretada a prisão do investigado, sendo certo que, no sistema norte-americano, a autoridade policial tem grande discricionariedade para realizar a prisão com ou sem mandado.⁶⁰⁸ Nesta última hipótese, todavia, o oficial deve apresentar ao juízo uma declaração (*affidavit*), logo após a prisão, que demonstre todo o suporte probatório⁶⁰⁹ em que se fiou para afirmar que o suspeito efetivamente teria praticado a infração penal.⁶¹⁰ Esse *affidavit* serve para que o magistrado possa, então, realizar o controle da regularidade do ato prisional, bem como decidir acerca de sua revogação ou de concessão de fiança (*bail*).

O oferecimento do *complaint*, revela-se, por sua vez, como uma acusação formal, elaborada em regra pela promotoria,⁶¹¹ com base nas conclusões policiais (mas não

⁶⁰⁶ CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**. 1st ed. Aspen Publishers: New York, 2008, p. 5-11.

⁶⁰⁷ Os autores apontam que, no sistema norte-americano, em quase 50% dos casos ocorrem as chamadas “*on-the-scene arrests*”, nas quais o levantamento probatório policial é extremamente rápido, com a quase imediata prisão do envolvido. Nos outros 50%, verifica-se a realização de uma investigação mais lenta e elaborada, com a posterior representação pela prisão do suspeito (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 5).

⁶⁰⁸ Não há a necessidade, diferentemente do que ocorre em nosso sistema, de que sejam hipóteses de prisão em flagrante para que a autoridade policial possa executar o ato prisional, bastando que acredite ter prova suficiente (*probable cause*) de que determinada pessoa tenha praticado um ilícito grave.

⁶⁰⁹ “*Rule 3 of Federal Criminal Procedure: The Complaint. The complaint is a written statement of the essential facts constituting the offense charged. Except as provided in Rule 4.1, it must be made under oath before a magistrate judge or, if none is reasonably available, before a state or local judicial officer*”.

⁶¹⁰ “*For some minor offenses, a suspect may merely receive a citation and will not be formally arrested. A citation or summons requires that the suspect appear at a later date to answer for the charges against him*” (Ibid., p. 6).

⁶¹¹ Como ressaltado por Saltzburg e Schlueter, “*in practice, the complainant is usually a federal law enforcement officer. However, there is no apparent bar to a non-federal officer swear to a complaint*” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**. Huntington: Juris Publishing, Ins., 2011, p. 8).

necessariamente vinculadas a elas), que demonstra a *probable cause* necessária para que se mantenha a prisão do suspeito,⁶¹² caso ainda não tenha havido seu *indictment* pelo *Grand Jury*. Será através da *Gerstein review*⁶¹³ que se possibilitará ao preso a revisão judicial acerca desse suporte probatório, razão pela qual normalmente tal ato processual será realizado quando de sua primeira aparição à Corte, nas primeiras 48 horas de sua prisão.⁶¹⁴

A *first appearance*⁶¹⁵ seria exatamente o momento em que ocorre a revisão descrita no ponto anterior, fase em que o imputado é levado à presença do magistrado para que lhe seja dada ciência da acusação (*complaint*), do direito a ser assistido por um defensor técnico (particular ou designado), e lhe seja possibilitada a fiança, se cabível.⁶¹⁶

Antes de o investigado ser levado a julgamento, determinadas jurisdições – como a federal, em razão daquilo prescrito na Quinta Emenda⁶¹⁷ –, fulcradas nas tradições da *common law*, exigem que haja uma verificação prévia do suporte probatório pela instituição do *Grand Jury*⁶¹⁸ (*screening*), para que, ao menos em tese,⁶¹⁹ garanta-se que uma pessoa, sobre a qual não haja prova mínima da prática de crime, não seja levada a julgamento

⁶¹² “The Supreme Court has described probable cause as the standard required to justify certain intrusions upon interests protected by the Fourth Amendment like arrests. Probable cause is a fair probability, more than mere suspicion, and less proof than that required to convict” (Ibid., p. 10).

⁶¹³ Assim chamada em razão do julgamento **Gerstein v. Pugh**, 420 US 103 (1975) pela Suprema Corte norte-americana.

⁶¹⁴ “Often, the court will conduct a Gerstein review at the time of the defendant’s first appearance, so long as that first appearance occurs within 48 hours of the defendant’s arrest, as required by the Supreme Court in *County of Riverside v. McLaughlin*, 500 US 44 (1991). [...] Rule 5 of the Federal Rules of Criminal Procedure requires that arresting officers bring the accused before a magistrate judge ‘without unnecessary delay’” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 6-7).

⁶¹⁵ Regrada pela *Rule 5* da *Federal Criminal Procedure*. Saltzburg e Schlueter criticam a utilização da nomenclatura *arraignment* para esta fase, como feito por Chemerinsky e Levenson. Para eles: “this term is properly applied to the proceedings under Rule 10 after the filing of an indictment or information at which a defendant enters a plea to the charge” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 27).

⁶¹⁶ Ibid., p. 27.

⁶¹⁷ O direito ao *indictment* pelo *Grand Jury*, previsto na Quinta Emenda – e não incluído entre as garantias do *due process* pela Suprema Corte –, apenas existirá, independentemente se jurisdição federal ou estadual, quando se tratarem de crimes infames, que, segundo a interpretação dada pela Corte máxima norte-americana, seriam aqueles cujas sanções penais cominadas em abstrato são graves, isto é, punidos com pena de trabalhos forçados ou privativa de liberdade a ser cumprida em penitenciária. Nesse sentido, ver SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, p. 896).

⁶¹⁸ Regrado pela *Rule 6* do *Federal Criminal Procedure*. Segundo Chemerinsky e Levenson, “A grand jury consists of 23 members of the community who listen to evidence presented by the prosecution and decide whether there is probable cause to prosecute the defendant. There is no judge in the grand jury, nor is the defendant or defense counsel entitled to be present” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 7).

⁶¹⁹ Diz-se em tese, porque não são poucas as críticas que podem ser feitas acerca de tal procedimento pelo júri, uma vez que, considerando-se que em tal audiência não se exige sequer a presença da defesa do suspeito (alguns estados autorizam algum tipo de participação defensiva nessa fase), ele acaba funcionando apenas como forma de chancela da acusação elaborada pela promotoria, não servindo como verdadeiro crivo para acusações infundadas.

desnecessariamente,⁶²⁰ tendo inclusive o colegiado poderes para produzir provas se entender necessário.

A doutrina norte-americana aponta que o *Grand Jury*, como instituição responsável pela análise da admissibilidade da acusação, surgiu antes mesmo de se atribuir a um popular a função de julgamento definitivo da demanda,⁶²¹ sendo atribuída sua origem histórica ao instituto da *Frankish Inquest*, contemporâneo a William I (séc. XI), que se consubstanciava em procedimento através do qual o regente convocava pessoas da localidade para investigar e testemunhar fatos de interesse da Coroa.⁶²²

Entretanto, não são poucas as críticas acerca desse suposto controle da admissibilidade da acusação realizado pelos jurados. Parte da doutrina norte-americana sustenta que tal fase é desnecessária, uma vez que são pouquíssimas as hipóteses em que o *indictment* é efetivamente rejeitado, contribuindo, assim, somente para a morosidade da justiça.⁶²³

Decidindo pelo prosseguimento da acusação, o Grand Jury expede, então, o *indictment* (conhecido também como *true bill*). Em determinadas hipóteses⁶²⁴ e jurisdições em que não se verifica a existência da referida instituição colegiada, ocorrerá, como regra, a *preliminar hearing*⁶²⁵, audiência presidida por um magistrado que, analisando as provas nela produzidas

⁶²⁰ Como afirmado por Saltzburg e Schlueter: “A regular grand jury has two functions: 1. Investigating whether a violation of federal criminal law has been committed and; 2. Deciding whether there is probable cause to return an indictment alleging that a violation has been committed by a particular person” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 49).

⁶²¹ Função essa que apenas teria sido criada após a abolição dos juízos divinos pelo Concílio de Latrão, em 1.215 (PLOSCOWE, Morris. “The development of present-day criminal procedures in Europe and America”. **Harvard Law Review**, v. 48, p. 446, 1935).

⁶²² *Ibid.*, p. 445. Note-se que no Brasil, em um primeiro momento, exatamente porque o júri, criado pela Lei de 18 de junho de 1822 para julgamento de delitos de imprensa, foi diretamente inspirado na instituição popular inglesa, igualmente verificava-se a existência de um grande júri, responsável pela admissibilidade da acusação, e de um pequeno júri, que efetivamente prolatava a sentença. Tal estrutura se modificou com o desenvolvimento do instituto por aqui. Neste sentido, ver MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Ed. Bookseller, 1998, v. 1, p. 100.

⁶²³ Tais críticas são as mesmas realizadas às audiências preliminares, ou fases intermediárias, presentes em diversos ordenamentos jurídicos tri-fásicos, como alguns da Europa Continental e dos países da América Latina. Sobre a questão, ver MODONO, Guido Neppi. **Indagini preliminar e udienza preliminar (art. 326-437)**; CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (a cura di). **Profili del nuovo Codice di Procedura Penale**, p. 474-5). Acompanhamos, todavia, o posicionamento de Scarance Fernandes, para quem “o perigo está em se ter uma visão restrita das finalidades da audiência preliminar ou da fase intermediária, circunscrevendo a sua importância ao fato de permitir solução rápida da causa, medindo-se a sua eficiência pelo número de vezes em que não é aceita a acusação. A análise desses institutos deve ser mais ampla, posta também em face da reação defensiva, pois proporciona ao acusado a possibilidade de pleitear a rejeição da acusação e, ainda, de contrariá-la nos termos em que está vazada, discutindo, por exemplo, a qualificação dada ao fato” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 97). Sobre as mudanças aplicadas nos sistemas processuais penais da América Latina que acabaram, em sua maioria, adotando as sugestões do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, elaborado por diversos notórios juristas latino-americanos no final do século passado, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América: 10 anos depois”. In: **A marcha do processo**, 2000.

⁶²⁴ Regradas pela Rule 5.1 (a) do *Federal Criminal Procedure*.

⁶²⁵ Ver nota anterior.

– em que normalmente se possibilita a participação ativa da defesa⁶²⁶ –, decidirá pelo prosseguimento ou não da acusação. Caso se opte por seu prosseguimento, a *complaint* é substituída por uma *formal information*”.⁶²⁷

Uma vez apresentados o *indictment* ou a *information*,⁶²⁸ deverá ser realizado o *arraignment*,⁶²⁹ isto é, o acusado será intimado para comparecer a uma audiência na qual será lida a acusação contra ele oferecida,⁶³⁰ para que, com a assistência de um advogado, declare-se culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), sendo então marcada data para julgamento no caso do acusado se considerar inocente.

Fato é que a imensa maioria das acusações no sistema norte-americano não chegam efetivamente à fase de *trial*.⁶³¹ Isso porque o réu, ao se declarar culpado”,⁶³² ou optar pelo *nolo contendere plea*,⁶³³ abre mão do confronto à acusação em juízo e, por essa razão, obtém

⁶²⁶ “A preliminary hearing under Rule 5.1 affords a defendant an opportunity to be represented by counsel who can confront at least one live witness (usually an investigator), cross-examine adverse witnesses, and present evidence. A defendant’s counsel can often use a preliminary hearing to discover what the government knows about the defendant’s involvement in a crime to preserve the testimony of a witness” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 38). Ainda sobre tal fase, Chemerinsky e Levenson afirmam que: “Another mechanism to screen cases before trial is the preliminary hearing. The Constitution does not require preliminary hearings, but a majority of jurisdictions use them to decide whether there is enough evidence to hold a defendant for trial, and to settle on which charges the prosecution will bring. A preliminary hearing is very different from a grand jury proceeding. No jury is present during a preliminary hearing. The judge presiding over the hearing decides whether there is probable cause to ‘bind the case over’ for trial. Although procedures can differ by jurisdiction, both sides are generally given an opportunity to present evidence during the preliminary hearing. [...] If the defendant is bound over for trial, however, the court will replace the complaint with a formal information charging the defendant with the offenses he will face at trial” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 7-8).

⁶²⁷ Sobre a *information*, Saltzburg e Schlueter afirmam que seria um documento “in which an attorney for the government alleges a named defendant has violated a cited criminal statute” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 61).

⁶²⁸ Tanto o *indictment* quanto a *information* são regradas pela Rule 7 do *Federal Criminal Procedure*.

⁶²⁹ Regrado pela Rule 10 do *Federal Criminal Procedure*.

⁶³⁰ Como estabelecido pela Sexta Emenda da Constituição norte-americana: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be informed of the nature and cause of the accusation [...]”.

⁶³¹ “Well over 90 percent of all criminal cases in the United States are resolved by plea bargaining and not by trial. This means how plea bargaining works impacts nearly every criminal defendant” (ALKON, Cynthia. “Hard bargaining in plea bargaining: when do prosecutors cross the line?” In: **Nevada Law Journal**, n. 17, 2017, p. 401).

⁶³² Acerca do instituto do *plea bargaining* a literatura norte-americana é extensa, uma vez que a crítica a forma como a *guilty of plea* é conseguida, sendo a suposta busca pela justiça, em detrimento da verdade, o principal cerne de toda a discussão. Sobre a questão, que transborda os limites do presente trabalho, dentre muitos, ver HERMAN, G. Nicholas, **Plea bargaining**. Huntington: Juris, 2012; LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁶³³ “A defendant may also enter a *nolo contendere plea*. A *nolo contendere plea* has the same effect in the criminal case as *guilty plea*. The defendant can receive the same criminal punishment as a defendant who enters a *guilty plea*. However, unlike a *guilty plea*, which serves as an admission for a civil case that the defendant is responsible, a *nolo contendere plea* has no impact on any companion civil case” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 9). O *nolo contendere*, regrado pela Rule 11 (b) do *Federal Criminal Procedure*, funciona, assim, de forma similar à nossa transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, uma vez que o acusado aceita a aplicação de pena sem assumir a sua culpa, razão pela qual “a *plea of nolo contendere* does not constitute an admission of a defendant for purposes of a subsequent criminal or civil

benefícios como, por exemplo, a diminuição de sua futura pena.⁶³⁴

A fase da *pretrial discovery*⁶³⁵ – que será desenvolvida mais à frente em razão de sua extrema importância no auxílio da defesa em apontar as provas que pretende ver produzidas na fase de julgamento – encerra o momento em que a parte, além de disponibilizar à parte contrária, a pedido desta, toda a prova acerca do fato que está em sua posse (*disclosure*),⁶³⁶ em algumas hipóteses, informará também aquelas que serão produzidas durante o *trial*.⁶³⁷

Neste mesmo período que precede o julgamento, existe a possibilidade de serem realizadas as chamadas *pretrial motions*,⁶³⁸ ou seja, requerimentos das partes ao juízo visando, por exemplo, a exclusão de uma prova ilícita produzida em fase investigatória; a produção de prova antecipada ou cautelar; ou mesmo o *dismissal* do julgamento.⁶³⁹ Tal momento processual também exerce uma função estratégica no futuro julgamento, ao permitir às partes que tenham uma percepção mais palpável acerca da força de seu adversário.⁶⁴⁰

Na hipótese de o acusado ter se declarado inocente das acusações, o procedimento seguirá para o *trial*, que poderá ser realizado pelo júri (*trial jury* ou *petit jury*),⁶⁴¹ ou por uma

case” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 93).

⁶³⁴ Sobre a questão: “*The plea of guilty is by far the most important defense plea. It becomes a basis for negotiating the merits and the sentence in global, concrete terms, without hazard of jury decision making and judicial sentencing. Negotiations – or bargaining – with the prosecutor invokes the vast prosecutorial discretion discussed earlier, see, e.g., Bordenkircher v. Hayes, as to selecting the number and level of charges and the recommendation as to sentence. Sentence recommendations remain subject to review of the judge but the judicial role is diminished, due to the advent of sentencing guidelines*” (LAFRANCE, Arthur B.; LOEWY, Arnold H. **Criminal Procedure: trial and sentencing**. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1994, p. 85).

⁶³⁵ Regrada pela Rule 16 do *Federal Criminal Procedure*.

⁶³⁶ Como ressaltado por Saltzburg e Schlueter, “*the government’s obligation to afford due process by not suppressing evidence favorable to a defendant was articulated in Brady v. Maryland, 373 US 83 (1963), in which the Supreme Court held that the government violates due process when it suppresses evidence that a defendant has requested that is favorable and material to guilt or punishment*” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 153).

⁶³⁷ Segundo Saltzburg e Schlueter, “*The general practice in federal criminal actions is not to disclose witnesses pretrial. Rule 12.1, the alibi rule, does provide for exchange of witness names and addresses relating to alibi. Some courts require the parties to disclose witness lists pretrial and some U.S Attorneys voluntarily provide witness lists unless there are exceptional circumstances such as danger to witnesses*” (Ibid., 157-8).

⁶³⁸ Regradas pela Rule 12 (b) do *Federal Criminal Procedure*.

⁶³⁹ Conforme lecionam Saltzburg e Schlueter: “*Attacks on the institution of a prosecution are rarely successful but are usually based on alleged violation of a defendant’s constitutional protection such as double jeopardy, due process, equal protection, grand jury, or speedy trial, on alleged violations of statutes governing areas like limitation of actions, speedy trial, detainers, interception of electronic communications, or on alleged government misconduct such as vindictive or selective prosecution or abuse of the grand jury process*” (SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 110).

⁶⁴⁰ Nesse sentido, ver CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 8; SALTZBURG, Stephen A.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**, p. 84.

⁶⁴¹ Previsto, na Sexta Emenda, para as *serious offenses* (possível punição maior que seis meses de pena privativa de liberdade) nas cortes federais, e nos estatutos estaduais, para as respectivas jurisdições. Como bem alertam Chemerinsky e Levenson: “[a]lthough there is a popular notion that 12 persons must sit on a jury, the Supreme Court has held to the contrary. States may choose to have juries as small as six persons for non-capital felony cases. Moreover, there is no constitutional requirement that the jurors’ verdict be unanimous. Depending on the

corte formada por um juiz togado (*bench trial*), hipótese esta em que as partes têm que acordar acerca da renúncia do acusado ao direito a ser julgado por membros da sociedade.

Não há dúvidas de que o sistema norte-americano apresenta, como uma de suas grandes marcas, o direito de o acusado ser julgado pela instituição do júri, que, segundo a Suprema Corte, presta uma função de garantia do jurisdicionado contra o promotor corrupto ou “superprotetor”, e o juiz “complacente, parcial e excêntrico”.⁶⁴² Embora nem sempre ocorrerá o julgamento final pelos juízes populares⁶⁴³ – seja em razão da aplicação de institutos negociais entre as partes, seja em razão da opção pelo *bench trial*⁶⁴⁴ –, a existência de um direito constitucional a ser julgado por seus pares sem dúvida alguma influencia todo o sistema processual daquele país.⁶⁴⁵

Caso venha a ser condenado, o réu será sentenciado em uma nova audiência, somente perante o juiz togado, fase esta chamada de *sentencing*, na qual serão avaliadas questões trazidas pelas partes que podem eventualmente influenciar na dosimetria da pena (v.g. informações do *probation officer*; pontos acerca da vida pregressa do sentenciado etc.).⁶⁴⁶

Por fim, na última etapa procedimental, chamada por Chemerinsky e Levenson de *appeals and Habeas Corpus*, a defesa poderá impugnar as decisões prolatadas em primeira instância, seja a própria sentença condenatória, através do sistema revisional, seja eventual violação de norma constitucional, através do manejo do *Habeas Corpus*.⁶⁴⁷

size of the jury, a non-unanimous jury may be sufficient. [...] Is the jury's job to listen to all of the evidence, consider the court's jury instructions, and decide whether the defendant is guilty beyond a reasonable doubt. If the jury is not able to reach a decision, it constitutes a hung jury, and the court will declare a mistrial. In general, the prosecution can retry defendant following a hung jury” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 9-10).

⁶⁴² Nesse sentido Dripps afirma que: “*The jury provides, in the words of the Supreme Court, an ‘inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge’*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, n. 69, p. 1395, 1996).

⁶⁴³ Segundo o *US Department of Justice Sourcebook of Criminal Justice Statistics* de 1993, 91% das condenações criminais de delitos nas cortes estaduais decorrem de confissão do réu, 3% de *bench trials*, e apenas 4% de julgamentos pelo júri. Sobre o crescimento dos *bench trials* nos EUA, ver SCHULHOFER, Stephen. “Is Plea Bargaining Inevitable?” **Harvard Law Review**, v. 97, n. 5, p. 1037, mar. 1984).

⁶⁴⁴ Embora a Suprema Corte já tenha se manifestado que o acusado não tem direito ao *bench trial*, com o consentimento da acusação, ele pode optar pelo julgamento diante de um juiz singular (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1396).

⁶⁴⁵ Influenciou, por exemplo, diversas das previsões das *Federal Rules of Evidence*, como será visto em ponto posterior.

⁶⁴⁶ A discricionariedade do julgador no arbitramento da pena vem sendo diminuída no sistema norte-americano após a implantação, em várias jurisdições, das *sentencing guidelines*. Sobre a variação das previsões nas jurisdições estatais daquilo que poderá ser levado em consideração quando da aplicação da sentença, ver MITCHELL, Kelly Lyn. “State sentencing Guidelines: a Garden full of variety”. **Federal Probation**, n. 81, p.28-36, sep./2017.

⁶⁴⁷ “*A defendant may also challenge constitutional violations in his case through a habeas corpus petition. Habeas corpus petitions are suits that allege that the defendant is being held unconstitutionally. Both state and federal courts hear habeas petitions. [...] If a defendant succeeds on appeal or with habeas corpus petition, the*

Feita essa breve explanação acerca das fases procedimentais do sistema norte-americano, com vistas a auxiliar nos temas que serão desenvolvidos a seguir, passa-se à análise do tratamento conferido ao direito à prova naquele país e das formas de controle jurisdicional da violação das garantias fundamentais do processo, com vistas a estabelecer pontos de contato com nosso sistema que possam auxiliar na reinterpretação das limitações probatórias defensivas verificadas em nossa praxe forense.

3.2 O sistema norte-americano de controle judicial às violações das garantias previstas no *Bill of Rights*

A Constituição dos EUA, aprovada em 1787, revela-se em sua redação original bastante enxuta, uma vez que é composta somente por sete artigos, diferindo, por exemplo, da sistemática adotada por nosso Poder Constituinte. Todavia, seu texto original sofreu alterações (através da aprovação de Emendas Constitucionais) ao longo do processo de amadurecimento da experiência constitucional norte-americana.

Dentre tais alterações, sem dúvida alguma o instrumento do *Bill of Rights of the United States of America*, de 1791, é considerado o principal adendo às normas constitucionais originais, uma vez que, através das dez emendas nele contidas, diversas garantias processuais e penais dos acusados foram alçadas a mandamentos constitucionais,⁶⁴⁸ como, por exemplo, a Quarta Emenda,⁶⁴⁹ que estabelece a proteção contra prisões, buscas e apreensões ilegais; a Quinta Emenda,⁶⁵⁰ que proíbe a imposição de autoincriminação ao

ordinary remedy is a retrial. However, if the appellate court finds that there was insufficient evidence to support the verdict, the defendant may not be retried because of double jeopardy principles” (CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**, p. 10-11).

⁶⁴⁸ “*The safeguards and limitations contained in the Bill of Rights and later in the Fourteenth Amendment, while of critical importance in setting the limitations on the power of the legislative branch to define crimes and establish punishments as discussed in Chapter One, are of far greater significance in governing the procedures whereby the guilt and punishment of individuals accused of offenses are determined*” (COOK, Joseph G. **Constitutional Rights of the Accused**. 3rd ed. New York: Clark Boardman Callaghan, 1996, p. 2).

⁶⁴⁹ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

⁶⁵⁰ “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.*”

acusado e garante o respeito ao devido processo legal; a Sexta Emenda,⁶⁵¹ que traz os direitos a um julgamento rápido, à assistência de defensor técnico e à prova defensiva, dentre outras disposições; e a Oitava Emenda,⁶⁵² que proíbe a imposição de fianças e multas excessivas, bem como de penas cruéis.

Todavia, o sistema federativo dos EUA, deveras mais rígido do que o nosso, em um primeiro momento, impedia que tais garantias federais, limitadoras do poder estatal, fossem estendidas também aos Estados Federados, uma vez que a interpretação a elas conferidas pelas Suprema Corte Norte-Americana era extremamente restritiva,⁶⁵³ exigindo-se seu respeito somente pelas Cortes federais.⁶⁵⁴

Dessa forma, a ratificação da Décima Quarta Emenda (1868) foi um marco na história constitucional norte-americana, uma vez que, pela primeira vez, a Carta Magna dos EUA trazia uma ordem direta aos estados, ao estabelecer expressamente que: *“No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”*

Tal prescrição imediatamente gerou grande discussão doutrinária e jurisprudencial – que perdura até a atualidade – acerca de quais das garantias previstas no *Bill of Rights* seriam então de observância obrigatória pelas autoridades estaduais,⁶⁵⁵ em razão da nova exigência de que tais entes federativos passassem a respeitar o devido processo legal (*due process of law*).⁶⁵⁶

O primeiro caso analisado pela Suprema Corte acerca da possibilidade de aplicação de

⁶⁵¹ *“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed; which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence.”*

⁶⁵² *“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”*

⁶⁵³ Como bem assevera Cook, *“Indeed, the First Amendment categorically provides that ‘Congress shall make no law’, and the remainder of the protections were likewise understood to be directed only at the federal government”* (Joseph G. Cook, **Constitutional Rights of the Accused**, p. 2-3).

⁶⁵⁴ Como se pode verificar no seguinte trecho extraído de **Barron v. Baltimore**, 32 US 243 (1833): *“The Constitution was ordained and established by the people of the United States themselves, for their own government, and not for the government of the individual States [...] These amendments contain no expression indicating an intention to apply them to the state governments. This court cannot apply them”*.

⁶⁵⁵ Note-se, todavia, que as Cortes estaduais não estão proibidas de interpretar as leis dos Estados de forma que se garantam maiores proteções aos acusados do que aquelas exigidas minimamente pela norma constitucional.

⁶⁵⁶ Sobre a questão, dentre outros, ver FAIRMAN, Charles. *“Does the Fourteenth Amendment Incorporated the Bill of Rights? The Original Understanding”*. **Stanford Law Review**, n. 2, p. 5-139, dez. 1949; SCHAEFER, Valter V. *“Federalism and State Criminal Procedure”*. **Harvard Law Review**, n. 70, p. 1-26, nov. 1956; CUSHMAN, Robert Fairchild. *“Incorporation: Due Process and Bill of Rights”*. **Cornell Law Review**, n. 51, p. 467-501, 1966; AMAR, Akhil Reed. *“The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment”*. **Yale Law School**, n. 101, p. 1193-284, 1992.

uma garantia prevista no *Bill of Rights* aos estados foi o emblemático caso *Hurtado v. California*,⁶⁵⁷ no qual o defendente arguia que seu direito a ser julgado pelo *Grand Jury* advinha do *due process of law*, e que, por tal razão, deveria ser observado pelas cortes estaduais. No julgamento, entretanto, a Corte afastou a incidência de tal direito como componente do devido processo legal, sob o fundamento de que a própria dicção da Quinta Emenda os separaria em duas garantias estanques.

Tal visão da Suprema Corte acerca da cláusula do *due process* prevista na Décima Quarta Emenda foi chamada de *the independent content approach* ou *fundamental rights doctrine*,⁶⁵⁸ uma vez que, para a corrente, o conceito de devido processo legal não necessariamente corresponderia ao equivalente do conjunto de todas as garantias previstas no *Bill of Rights*.⁶⁵⁹

Ainda segundo tal teoria, para que houvesse a violação ao devido processo legal, o procedimento adotado pela autoridade deveria ter ofendido “cânones de decência e *fairness* que expressam as noções de justiça do povo de cultura inglesa”,⁶⁶⁰ ou seja, atingido “princípios de justiça tão arraigados nas tradições e consciências do povo que justificam sua classificação como fundamentais”.⁶⁶¹

A visão aberta e não exaustiva do que seria o devido processo legal para aquela doutrina, que envolveria parâmetros de justiça,⁶⁶² restou ainda mais clara no julgamento

⁶⁵⁷ **Hurtado v. California**, 110 US 516 (1884): “*The conclusion is equally irresistible, that when the same phrase was employed in the Fourteenth Amendment to restrain the action of the States, it was used in the same sense and with no greater extent; and that if in the adoption of that Amendment it had been part of its purpose to perpetuate the institution of the grand jury in all the States, it would have embodied, as did the Fifth Amendment, express declarations to that effect.*”

⁶⁵⁸ DRESSLER, Joshua; MICHAELS, Alan C. **Understanding Criminal Procedure: Investigation**. Matthew Bender: Newark, 2006, v. 1, p. 43.

⁶⁵⁹ COOK, Joseph G. **Constitutional Rights of the Accused**, p. 2-8. Conforme voto de J. Frankfurter, a Décima Quarta Emenda “*neither comprehends the specific provisions by which the founders deemed it appropriate to restrict the federal government nor is it confined by them. The Due Process Clause [...] has an independent potency*” (**Adamson v. California**, 332 US 46 [1947], p.66).

⁶⁶⁰ Livre tradução do trecho: “*those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples*” (**Malinski v. New York**, 324 US 401 ([1945], p. 416).

⁶⁶¹ Livre tradução do trecho: “*principle[s] of justice so rooted in the traditions and consciences of our people as to be ranked as fundamental*” (**Palko v. Connecticut**, 302 US 319 [1937], p. 325).

⁶⁶² A complexidade de se estabelecer em que hipóteses haveria a violação ao *due process* foi externada por Kadish, ao afirmar que: “*To escape from the ‘idiosyncrasy of a personal judgment’, the Court regarded its function as one of discovering and applying preformed moral judgments, rather than of making new moral choices. But whose moral judgments? And where and how are these judgments discoverable? The Court’s answers to these questions may be seen in four kinds of cases distinguished by whether reliance was placed upon: (1) the opinions of the progenitors and architects of American institutions; (b) the implicit opinions of the policy-making organs of state government; (3) the explicit opinions of other American courts that have evaluated the fundamentality of a given mode of procedure; or (4) the opinions of other countries in the Anglo-Saxon tradition ‘not less civilized than our own’ as reflected in their statutes, decisions and practices*” (KADISH, Sanford H. “Methodology and Criteria in Due Process Adjudication – A Survey and Criticism” (**Yale Law Journal**, v. 66, n. 3, p. 319, p. 328, 1957).

Rochin v. California,⁶⁶³ quando a Corte, aplicando a Décima Quarta Emenda, asseverou a existência de violação ao devido processo legal na hipótese levada a julgamento sob o fundamento de que “condenações não podem ser prolatadas através de métodos que ofendam o ‘senso de justiça’”.⁶⁶⁴

Em sentido contrário à supramencionada corrente, surgiu a chamada *full (total) incorporation doctrine*, defendida por Justice Black, que estabelecia que a regra do devido processo legal trazida pela Décima Quarta Emenda teria como objetivo aplicar a todos os estados membros, de forma indistinta, a integralidade das garantias previstas no *Bill of Rights*, alargando-se, assim, o conceito do *due process of law*.⁶⁶⁵

Há ainda quem aponte⁶⁶⁶ para a existência de uma terceira corrente, derivada desta segunda, e intitulada *ultra-incorporation doctrine*,⁶⁶⁷ que seria formada por determinados magistrados da Suprema Corte (v.g., justice Douglas⁶⁶⁸ e justice Murphy⁶⁶⁹) e incluiria ainda, no conteúdo da cláusula do *due process*, garantias adicionais àquelas expressamente previstas no *Bill of Rights*.

Todavia, fato é que as duas últimas correntes nunca ganharam o suporte da maioria dos componentes da Suprema Corte norte-americana,⁶⁷⁰ prevalecendo atualmente aquela chamada de *selective incorporation*, que guarda semelhanças com a *fundamental rights doctrine*⁶⁷¹ primeiramente analisada.

⁶⁶³ **Rochin v. California**, 342 US 165 (1952).

⁶⁶⁴ Livre tradução do trecho: “convictions cannot be brought about by methods that offend a ‘sense of justice’” (**Rochin v. California**, 342 US 165 [1952], p. 172-173).

⁶⁶⁵ Dressler e Michaels resumindo tal corrente afirmam que: “In other words, the Fourteenth Amendment in general, and the Due Process Clause in particular, incorporates all of the rights included in the Bill of Rights, nothing more but also nothing less” (DESSLER, Joshua; Michaels, Alan C. **Understanding Criminal Procedure**, p. 2-12).

⁶⁶⁶ CORD, Robert L. “Neo-incorporation: The Burger Court and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”. **Fordham Law Review**, v. 44, n. 2, p. 215, p. 226, 1975.

⁶⁶⁷ Dressler e Michaels a chamam de *full-incorporation-plus doctrine* (DESSLER, Joshua; Michaels, Alan C. **Understanding Criminal Procedure**, p. 44).

⁶⁶⁸ A partir de posicionamento dissidente em **Poe v. Ullman**, 367 US 497 (1961): “Though I believe that ‘due process’ as used in the Fourteenth Amendment includes all of the first eight amendments, I do not think it is restricted and confined to them”.

⁶⁶⁹ Conforme seu posicionamento dissidente em **Adamson v. California**, 332 US 46 (1947): “I agree that the specific guarantees of the Bill of Rights should be carried over intact into the first section of the Fourteenth Amendment. But I am not prepared to say that the latter is entirely and necessarily limited by the Bill of Rights. Occasions may arise where a proceeding fall so short of conforming to constitutional standards of procedure as to warrant constitutional condemnation in terms of lack of due process despite the absence of a specific provision in the Bill of Rights”.

⁶⁷⁰ COOK, Joseph G. **Constitutional Rights of the Accused**, p. 2-14; DESSLER, Joshua; Michaels, Alan C. **Understanding Criminal Procedure**, p. 48.

⁶⁷¹ Em resumo acerca de tal corrente, Dressler e Michaels afirmam que: “Selective incorporationists agree with fundamental rights theorists that not all rights included in the Bill of Rights are inevitably absorbed by the Fourteenth Amendment. On the other hand, contrary to fundamental rights theory, and more in keeping with full incorporation, selective incorporationists believe that once a right is deemed to be fundamental, it is ‘applicable to the States with all the subtleties and refinements born of history and embodied in case experience developed

Segundo a *selective incorporation doctrine*, determinadas previsões do *Bill of Rights* são consideradas tão fundamentais que deverão sempre compor a essência do conceito de devido processo legal. Dessa forma, a proteção contra buscas e prisões indevidas, prevista na Quarta Emenda, já foi reconhecida como aplicável aos estados,⁶⁷² assim como, quanto à Quinta Emenda,⁶⁷³ o privilégio à não autoincriminação,⁶⁷⁴ e a vedação ao *double jeopardy*;⁶⁷⁵ quanto à Sexta Emenda, os direitos ao *speedy trial*,⁶⁷⁶ ao *public trial*,⁶⁷⁷ ao julgamento por um júri imparcial em casos criminais graves,⁶⁷⁸ ao confronto,⁶⁷⁹ ao *compulsory process*,⁶⁸⁰ e à assistência de defensor técnico;⁶⁸¹ e, finalmente, quanto à Oitava Emenda, a proibição a punições cruéis e não usuais.⁶⁸²

Já se fala atualmente, inclusive, no surgimento de uma nova corrente, derivada da anterior, chamada *neo-incorporation*,⁶⁸³ aplicada com grande força a partir da Burger Court,⁶⁸⁴ que repete os conceitos da *selective incorporation doctrine*, mas autoriza, a seu turno, que os Estados garantam os direitos fundamentais do acusado, previstos no *Bill of Rights*, em forma e intensidade diferentes.⁶⁸⁵

in the context of federal adjudication” (DESSLER, Joshua; Michaels, Alan C. **Understanding Criminal Procedure**, p. 44).

⁶⁷² **Wolf v. Colorado**, 338 US 25 (1949); **Mapp v. Ohio**, 367 US 643 (1961).

⁶⁷³ O direito ao *indictment* pelo *Grand Jury* é uma das poucas garantias do *Bill of Rights* que ainda não se aplica aos estados (COOK, Joseph G. **Constitutional Rights of the Accused**, p. 2-17). Essa é a razão pela qual Dressler e Michaels asseveram que “*if practical ‘winners’ are to be declared, they may be those few justices, all now deceased, who favored full-incorporation-plus*” (DESSLER, Joshua; Michaels, Alan C. **Understanding Criminal Procedure**, p. 49).

⁶⁷⁴ **Malloy v. Hogan**, 378 US 1 (1964).

⁶⁷⁵ **Benton v. Maryland**, 395 US 784 (1969).

⁶⁷⁶ **Klopfer v. North Carolina**, 386 US 213 (1967).

⁶⁷⁷ **In re Oliver**, 333 US 257 (1948).

⁶⁷⁸ **Duncan v. Louisiana**, 391 US 145 (1968); **Witherspoon v. Illinois**, 391 US 510 (1968).

⁶⁷⁹ **Pointer v. Texas**, 380 US 400 (1965).

⁶⁸⁰ **Washington v. Texas**, 388 US 400 (1965).

⁶⁸¹ **Gideon v. Wainwright**, 372 US 335 (1963).

⁶⁸² **Robinson v. California**, 370 US 660 (1962).

⁶⁸³ Sobre a questão, ver Robert L. Cord. “Neo-incorporation: The Burger Court and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”. **Fordham Law Review**, p. 215, 226.

⁶⁸⁴ Trata-se de período circunscrito entre os anos de 1969 e 1986, em que Warren Burger figurou como *chief justice* da Suprema Corte. Tal lapso temporal ficou conhecido pela transição entre a visão mais liberal da composição anterior da Corte, para uma visão mais conservadora da nova composição. Para maiores referências acerca da Burger Court, principalmente no que tange à mudança de postura entre a composição anterior, da década de 1960, denominada Warren Court, ver ISRAEL, Jerold H. “Criminal Procedure, the Burger Court, and the Legacy of the Warren Court”. In: **Police Practices and the Law**. Ann Arbor: Univ. of Michigan Pressa, 1982, p. 69-134.

⁶⁸⁵ Foi o que aconteceu, por exemplo, com a exigência do julgamento pelo júri em casos criminais graves. Em **Williams v. Florida**, 399 US 78 (1970), a maioria da Suprema Corte não exigiu que o julgamento pelo júri nos estados se desse com um painel de 12 jurados. Em **Johson v. Louisiana**, 406 US 356 (1972), não se exigiu que o veridicto fosse unânime.

3.3 O direito à prova defensiva nos EUA: uma garantia constitucional?

O modelo anglo-saxônico de processo, como já visto, é o adversarial, que apresenta como uma de suas principais características a incumbência, primordialmente, às partes, e não ao juiz, da gestão da prova, parecendo, portanto, óbvio que exista, em tais ordenamentos, um direito inequívoco daquelas em apresentar elementos de prova ao magistrado (*fact-finder*), com vistas a obter seu convencimento.

Assim, na divisão de tarefas processuais, “toda a iniciativa e o controle da aquisição dos elementos de prova incumbe às partes”,⁶⁸⁶ cabendo ao juiz, quando da análise da produção e introdução de tal material aos autos, ater-se aos aspectos procedimentais necessários à justiça do julgamento (*fairness of the trial*).

E tais aspectos, segundo Lafave et al.⁶⁸⁷, foram moldados em subseqüentes decisões da Suprema Corte norte-americana, criando-se aquilo que aquele próprio Juízo assentou como “*what might loosely be called the area of constitutionally guaranteed access to evidence*”.⁶⁸⁸

Ainda segundo os autores,⁶⁸⁹ a análise do *pool* de decisões da Suprema Corte acerca do tema nas últimas décadas demonstra a existência de *standards* mínimos de respeito ao direito à prova defensiva, quais sejam: (i) a obrigação da promotoria em dar acesso à defesa a provas exculpatórias de que tem conhecimento; (ii) a proibição da destruição de prova relevante à defesa por má-fé estatal; (iii) a obrigação do Estado em garantir à defesa poderes suficientes para a produção de prova em julgamento; (iv) a obrigação estatal de informar a defesa, ou assisti-la, na busca pela obtenção dessas provas; (v) a proibição de que o Estado impeça a obtenção dessas provas pela defesa.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 139. Didier Jr., acerca da costumeira relação entre sistema adversarial e regimes não autoritários, afirma que: “A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício do poder, não há relação direta entre aumento de poderes de juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 92).

⁶⁸⁷ Como bem acentuado pelos autores: “*Fundamental fairness in an adversarial system requires that the defense be given the tools with which it can obtain existing evidence that challenges the prosecution case, either by tending to establish affirmatively the defendant’s innocence or simply casting doubt upon the persuasiveness of the prosecution’s evidence*” (LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**. 4th ed. Thomson Reuters, 2015, v. 5, p. 409-10).

⁶⁸⁸ **Arizona v. Youngblood**, 488 US 51 (1988).

⁶⁸⁹ Segundo os autores, a Suprema Corte norte-americana continua se baseando na cláusula do *due process* (LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**. 4th ed. Thomson Reuters, 2015, v. 6, p. 409-11).

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 409.

Todavia, há grande discussão acerca da origem e, conseqüentemente da natureza, do direito à prova da defesa no sistema norte-americano, sendo certo que sua delimitação é importante para que se possa, como visto em ponto anterior, estabelecer a possibilidade ou não de controle e respeito de tal garantia por todas as cortes federais e estaduais que compõem a federação estadunidense.

Na visão de Susan Rutger, existe uma correlação clara entre a cláusula do devido processo prevista na Décima Quarta Emenda⁶⁹¹ e o direito à prova defensiva, o que se pode verificar em sua afirmação de que “*a defendant retains the 14th Amendment due process right to present evidence on, and have the jury determine, any issue which negates a mental element of charge*”.⁶⁹²

Já para Akhil Amar,⁶⁹³ o direito de produção de prova pela defesa decorre da própria Sexta Emenda, uma vez que tal faculdade seria parte importantíssima do direito a um julgamento justo (*fair trial*).⁶⁹⁴ Isso porque se pode verificar que o conjunto de direitos do acusado previstos na referida emenda constitucional contém características que se encontram inseridas, em nosso ordenamento constitucional, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, consistentes nos direitos (i) a ser informado da imputação; (ii) a confrontar as testemunhas de acusação (*confrontation clause*); (iii) a compelir a produção da prova

⁶⁹¹ Em crítica à “superutilização” do *due process* para caracterizar ilegalidades no caso concreto, *justice* Black, no julgamento **Duncan v. Louisiana**, 391 US 145 (1968), já se manifestou afirmando que, sempre que possível, o magistrado deverá decidir de acordo com as garantias específicas trazidas no *Bill of Right*, já que elas apresentam limites objetivos, menos nebulosos que o *due process*, que, em razão de não apresentar um sentido definido, permite decisões subjetivas pelos juízes, baseadas em suas próprias “*predilections and understandings of what is best for the country*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 131).

⁶⁹² RUTGER, Susan. “Not Guilty by Reason of Victimization”. **CACJ Forum**, n. 20, p. 36-42, dec. 1993. Como alertado por Westen: “[T]he right to produce witnesses and the right to counsel have generally been treated as equally essential in safeguarding the defendant’s ability to receive a fair trial: both are specifically enumerated in the sixth amendment, both apply to the states through the fourteenth amendment as ‘fundamental’ elements of due process, and both apply in felony and misdemeanor proceedings alike. In short, ‘[f]ew rights are more fundamental than that of an accused to present witnesses in his own defense” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 258.)

⁶⁹³ Para o autor, todas as garantias previstas na Sexta Emenda têm como fim proteger dois interesses básicos, a inocência e a busca pela verdade, que, como visto anteriormente, são exatamente os dois pontos básicos apontados neste trabalho como fins principais do Processo Penal. Nas palavras do autor, acerca do *fair trial right*: “*Finally, the fair trial right also protects the innocent man from an erroneous verdict of guilt, though its safeguards highlight factual innocence (‘I didn’t do it’) more than normative innocence (‘I did it, but I did not thereby offend the public’s moral code’). Counsel, confrontation, and compulsory process are designed as great engines by which an innocent man can make the truth of his innocence visible to the jury and the public*” (AMAR, Akhil Reed. “Foreword: Sixth Amendment First Principles”. **Georgetown Law Journal**, n. 84, p. 641-712, 1996, p. 643)

⁶⁹⁴ Como bem salientado pela Suprema Corte: “*Most constitutional issues derive from the broad standards of fairness written into the Constitution (e.g., ‘due process’, ‘equal protection of the laws’ [...]) Such questions, by their very nature, allow a relatively wide play for individual legal judgment*” (**United States v. Lovett**, 328 US 303 [1946]).

testemunhal defensiva (*compulsory process clause*); e (iv) a gozar da assistência⁶⁹⁵ de um defensor técnico.⁶⁹⁶

Há ainda quem atrele o direito a produzir provas pela defesa somente à chamada *confrontation clause*, prevista na supracitada emenda,⁶⁹⁷ enquanto possibilidade de o acusado realizar questionamento àquelas testemunhas arroladas pela acusação que serviram de base para a imputação. Tal faculdade se revelaria, então, como ponto crucial ao exercício da ampla defesa.⁶⁹⁸

Todavia, embora seja evidente que a garantia defensiva de poder realizar a juntada de provas exculpatórias sempre repousará no necessário respeito ao devido processo legal, este interpretado enquanto o conjunto de garantias fundamentais do processo, o objeto da presente investigação se vê melhor caracterizado, conforme salientado por Peter Westen,⁶⁹⁹ na *compulsory process clause*, que se encontra assim prevista na Sexta Emenda constitucional: “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have compulsory process of obtaining witnesses in his favor”.⁷⁰⁰

Por esta razão, far-se-á a seguir uma breve análise da construção histórica e jurisprudencial da referida cláusula no sistema norte-americano.

⁶⁹⁵ Cabe ressaltar que, como grande parte da doutrina norte-americana já assentou, o *right to counsel*, previsto na Sexta Emenda, exige não apenas que o réu seja assistido por um defensor regularmente inscrito nos quadros profissionais da advocacia, mas que também sua atuação seja efetiva. Como salientado por LaFrance e Loewy, “if an attorney is able to do the job, but fails, the accused has been denied the rights guaranteed by the Sixth Amendment. It is effective assistance of counsel that Gideon guaranteed” (LAFRANCE, Arthur B.; LOEWY, Arnold H. **Criminal Procedure**: trial and sentencing. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1994, p. 207).

⁶⁹⁶ Nas palavras do próprio autor, compreenderia os “rights to (a) be informed of the nature and cause of accusation; (b) be confronted with the prosecution witnesses; (c) compel the production of defense witnesses; and (d) enjoy the assistance of counsel in defending against the accusation” (AMAR, Akhil Reed. “Foreword: Sixth Amendment First Principles”. **Georgetown Law Journal**, p. 642).

⁶⁹⁷ Em **Commonwealth v. Miller**, 582 A.2d 4 (1990), assentou-se que a proibição de acesso a prova potencialmente exculpatória violaria a *confrontation clause* do Estado da Pensilvânia, porque diminuiria o direito do defendente de “knowledgeably confront his adverse witnesses through cross-examination”.

⁶⁹⁸ Peter Westen afirma, por essa razão, que “the defendant’s right of compulsory process is a companion and counterpart to his sixth amendment right of confrontation”. E ainda sustenta que “together [they] constitutionalize the right to a defense as we know it” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 73-182). No mesmo sentido, ver Idem. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 192. Sobre o direito ao confronto, suas características nos EUA, e a necessidade de seu respeito em nosso ordenamento, ver o aprofundado estudo de Diogo Malan, em obra magistral intitulada *Direito ao confronto no processo penal*.

⁶⁹⁹ Sobre a referida garantia, ver as duas obras clássicas produzidas por Peter Westen: “The Compulsory Process Clause” e “Compulsory Process II”.

⁷⁰⁰ Não se sabe ao certo a razão pela qual James Madison, responsável pela minuta da referida garantia no *Bill of Rights*, eleito por Virginia, formulou a cláusula do *compulsory process* dessa forma. A recomendação do Estado de Virgínia garantia ao acusado o direito de *call for evidence*, previsão mais geral, enquanto Madison a substituiu por “right [...] to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor”. Alguns atribuem a mudança de redação para garantir consenso entre os estados. É certo, todavia, que durante os dois anos e meio de debate, o *compulsory process* foi mencionado somente uma vez. Neste sentido, ver WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 97-8. Sobre uma análise histórica do *Bill of Rights*, ver SCHWARTZ, Bernard. **The Bill of Rights**: a documentary story. Chelsea House Publishers with McGraw-Hill Education, 1971, v. 2, p. 1006-1024.

3.4 A garantia do *compulsory process* prevista na Sexta Emenda Constitucional norte-americana

A garantia do *compulsory process* está prevista na Sexta Emenda da Constituição norte-americana, e na enorme maioria das Constituições Estaduais,⁷⁰¹ sendo certo que, em dezessete estados, as previsões são exatamente iguais à da Carta Federal, com apenas pequenas variações nos demais, enquanto que, em quatro deles, adota-se uma visão mais ampla, que contém previsão expressa acerca da possibilidade de o defendente apresentar qualquer prova em seu favor.⁷⁰²

A principal característica que a difere das demais garantias previstas no *Bill of Rights*, e que a separa claramente da *confrontation clause*, é que ela traduz uma atuação afirmativa por parte da defesa no curso da persecução penal,⁷⁰³ possibilitando ao acusado sustentar suas teses exculpatórias através das provas por ele mesmo juntadas, e não por meio de mera desqualificação da prova apontada pela acusação.⁷⁰⁴

Ademais, embora uma análise literal, e restritiva, da referida cláusula possa fazer transparecer que ela apenas garantiria ao acusado o direito de obter a intimação de testemunhas para comparecimento compulsório ao julgamento,⁷⁰⁵ recentes decisões da

⁷⁰¹ Sobre a previsão em cada uma das constituições estaduais, ver WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 73, nota 1.

⁷⁰² Neste sentido, Massachusetts e New Hampshire preveem que “*every subject shall have a right to produce all proofs, that may be favorable to him[self]*” (Mass. Const. pt. I, art. XII; N.H. Const. pt. I, art. 15); a de Vermont estabelece que “*in all prosecutions for criminal offenses, a person hath a right [...] to call for evidence in his favor*” (Vt. Const. ch. I, art. 10), sendo certo que a do estado de Virginia adota provisão praticamente igual (Va. Const. art. 1, § 8).

⁷⁰³ Essa inclusive é outra diferença para o *right to confrontation*, que só pode ser aventado durante o julgamento propriamente dito. Neste sentido, ver **Barber v. Page**, 390 US 719 (1968). Westen, inclusive, traz o exemplo do julgamento de **Davis v. Alaska**, 415 US 308 (1974), para diferenciar ambos os institutos. A testemunha mais importante da acusação era menor de idade, e possuía antecedentes criminais. A defesa então tentou afastar a credibilidade da testemunha através de perguntas feitas a ela acerca de seu passado criminoso, o que foi vetado pela corte sob o fundamento de que antecedentes de menores seriam sigilosos. A Suprema Corte reverteu a decisão, de forma correta, afirmando que estar-se-ia violando o “*right to confrontation*”. Todavia, imagine-se que a defesa tivesse efetivamente feito a pergunta e a testemunha tivesse negado declarar seus antecedentes. Caso, nesta hipótese, fosse negado à defesa o direito à juntada documental dos antecedentes, embora respeitado o direito ao confronto, ter-se-ia violado a *compulsory process clause* (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 126, nota 268).

⁷⁰⁴ Sobre a *compulsory process clause*, Westen afirma que, “*it operates exclusively at the defendant’s initiative and provides him with affirmative aid in presenting his defense*” (Ibid., p. 74).

⁷⁰⁵ Como Wigmore, há quem entenda que o *compulsory process* garantiria apenas o direito do réu de obrigar compulsoriamente à presença em Juízo testemunha que lhe seja favorável (WIGMORE, John Henry. **Evidence in trial at common law**, v. 8, p. 69).

Suprema Corte já estabeleceram que ela alberga o direito integral da defesa em obter qualquer elemento de convicção apto a sustentar suas teses em juízo.⁷⁰⁶

Trata-se, ainda, de princípio originado na *common law* inglesa, que fez parte de uma importante fase de transição do sistema processual penal não adversarial para o adversarial.⁷⁰⁷

Durante a fase tudoriana na Inglaterra (1485-1603), verificava-se grande desequilíbrio entre o Estado e o acusado, já que a acusação tinha ampla vantagem probatória. O acusado, assim, não detinha qualquer direito à prova, na medida em que, além de inexistir, à época, o direito ao confronto, tampouco tinha o réu o condão de exigir a presença de prova oral em seu favor ou mesmo de garantir que aquelas que voluntariamente se dispusessem a comparecer em juízo fossem ouvidas pela Corte.⁷⁰⁸

Certo é que, apenas com o advento de estatutos parlamentares nos anos de 1589 e 1606, o sistema inglês passou a admitir, em casos limitados, a apresentação de testemunhas em favor do acusado, ainda que sem a possibilidade destas, nesse primeiro momento, prestarem juramento.⁷⁰⁹ Interessante que, à época, a ideia reinante era a de que não haveria qualquer necessidade de produção de prova defensiva, uma vez que, como o ônus probatório caberia à acusação, tal faculdade seria absolutamente desnecessária.⁷¹⁰

Assim, apenas no século XVII, mais precisamente entre as décadas de 1640-1660, com o advento da Revolução Puritana, foram dados os primeiros passos do sistema adversarial, fazendo com que o direito de o réu obter a intimação de testemunhas em seu favor, bem como destas serem ouvidas mediante juramento, passasse a ser garantido pelas Cortes inglesas.⁷¹¹

Nesse sentido, em livro clássico intitulado *Commentaries on the Laws of England*, Willian Blackstone, pouco antes da Revolução Americana, assentou que “em todos os casos envolvendo traição e crimes, todas as testemunhas do preso deverão ser examinadas sob

⁷⁰⁶ “In a series of cases decided since 1967, the Supreme Court has rejected the narrow construction of the clause, and has recognized that compulsory process constitutionalizes the entire presentation of the defendant’s case” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 54).

⁷⁰⁷ “The history of compulsory process is the story of the development of the adversary process and the demise of the inquisitorial method” (Ibid., p. 177).

⁷⁰⁸ Umas das justificativas históricas seria de que a testemunha não poderia prestar depoimento juramentado contra a Coroa (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 81-3). Nas palavras de Blackstone, “[A] practice was gradually introduced of examining witness for the prisoner, but not upon oath: the consequence of which still was, the jury gave less credit to the prisoner’s evidence, than to that produced by the crown” BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893, v. 4, p. 351-3, 398.

⁷⁰⁹ O que obviamente gerava um desequilíbrio evidente de credibilidade entre as testemunhas da Coroa e aquelas apresentadas em favor do acusado (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 84).

⁷¹⁰ STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the criminal law of England**. London: Macmillan and Co., 1883, v. 1.

⁷¹¹ WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 87.

juramento, da mesma forma como as testemunhas que lhe são contrárias”,⁷¹² e que o acusado deveria ter a mesma possibilidade de compelir suas testemunhas a comparecer em juízo que usualmente é verificada na prova oral acusatória,⁷¹³ tornando-se o respeito a tais garantias do réu o primeiro esboço, no sistema anglo-saxônico, daquilo que se entende hoje como direito à prova defensiva.

Em solo americano, a origem dos direitos do acusado é atribuída a William Penn, fundador da colônia da Pennsylvania e que, durante o reinado de Charles II, ainda na Inglaterra, havia sido processado e absolvido em julgamento que se tornou notório pelo absoluto desprezo ao direito de defesa. Penn promulgou, naquela região, dois dos mais influentes atos orgânicos da história americana: o *Frame of Government* (1682) e o *Charter of Liberties* (1701),⁷¹⁴ que certamente em razão de suas péssimas experiências pessoais pretéritas, passaram a garantir ao acusado, na colônia, os direitos de ser informado da acusação contra ele apresentada; de obter liberdade através da concessão de fiança; de publicidade no julgamento; de estar presente no julgamento; de ser assistido por advogado; de ser julgado por um júri composto por doze pessoas; de não lhe serem impostas multas desproporcionais; e de se defender.⁷¹⁵

Dessa forma, em Assembleia datada de 1718, a colônia da Pennsylvania, antecipando-se até mesmo às regras inglesas, tornou explícito que o acusado teria o direito de que suas testemunhas fossem regularmente intimadas a comparecerem em juízo para prestar esclarecimentos em seu favor.⁷¹⁶

Após a Revolução Americana, com a declaração de independência das colônias, os estados originais passaram, então, a prever, em sua maioria, a necessidade de se oportunizar ao réu a apresentação de sua tese defensiva, ao menos em igualdade com a acusação. Tal princípio se tornou tão importante que, em 1791, os constituintes (*framers*) responsáveis pela elaboração do *Bill of Rights* incluíram expressamente a cláusula do *compulsory process* na Sexta Emenda,⁷¹⁷ com a redação supramencionada.

⁷¹² Livre tradução do trecho: “*in all cases of treason and felony, all witnesses for the prisoner should be examined upon oath, in like manner as the witness against him*” (BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**, p. 354).

⁷¹³ *Ibid.*, p. 345.

⁷¹⁴ WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 92.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 93.

⁷¹⁷ “*Some of the state provisions originated in English statutes, some in colonial enactments, and some were original. Regardless, they all reflected the principle that the defendant must have a meaningful opportunity, at least as advantageous as that possessed by the prosecution, to establish the essential elements of his case. The states pressed the principle so vigorously that the framers of the federal Bill of Rights included it in the sixth amendment in a distinctive formulation of their own. [...] Four of the recommending states proposed specific*

Mas foi com o célebre julgamento de Aaron Burr,⁷¹⁸ realizado alguns anos após a adoção do referido instrumento normativo, que o então *chief justice* John Marshall, que fora advogado atuante e membro da Convenção de Virginia,⁷¹⁹ trouxe importantes considerações acerca da extensão da mencionada cláusula.

Tratava-se de julgamento em que se apurava supostos crimes envolvendo a traição de Burr, ex-Senador e Vice-Presidente, que havia sido acusado de planejar a criação de um governo separatista nos estados do oeste dos EUA. A imputação foi baseada em supostas cartas enviadas pelo General James Wilkinson, em Nova Orleans. Assim, neste processo, em que Thomas Jefferson, então Presidente, e arqui-inimigo de Burr, tentou por diversas vezes manipular a opinião pública em desfavor do acusado – obtendo, inclusive, uma proposta de suspensão da validade do *Habeas Corpus* pelo Senado, com o único fim de impedir a liberdade de Burr –, Marshall, em análise à garantia do *compulsory process* prevista na Sexta Emenda, e cotejando o direito do acusado em ter acesso às cartas que fundamentaram sua acusação, cunhou a célebre frase: “[t]he right given by this article must be deemed sacred by courts, and the article should be so construed as to be something more than a dead letter”.

Assim, salientando-se a extrema relevância do direito ao *compulsory process*, afastou-se a interpretação literal da garantia e estendeu-se sua incidência não apenas à prova testemunhal, atestando que tal visão seria muito restritiva para ser adotada em tribunais criados em uma nação justa e humanizada,⁷²⁰ e se reinterpreto a cláusula com base em seu real propósito, qual seja, o de garantir ao acusado, através dos instrumentos estatais,⁷²¹ a possibilidade de apresentar uma defesa consistente, independentemente da natureza do elemento probatório, ou mesmo da importância do interesse contraposto para a sua não produção.⁷²²

provisions for the right of the accused to present witness in his favor [...] The importance of the recommendation was not their particular wording, but the pressure they brought to bear on the first Congress to include a provision for defense witnesses in the Bill of Rights” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 95).

⁷¹⁸ **United States v. Burr**, 25 F. Cas. 30 (1807). Julgamento este ocorrido na *federal circuit court* em Richmond, Virginia.

⁷¹⁹ Convenção esta que aprovou a recomendação de Virginia para que a emenda constitucional contivesse o direito do acusado de produzir prova em seu favor. Por essa razão, Beard diz que, “[Marshall] had better opportunities than any student of history or law today to discover the intention of the framers of the federal Constitution” (BEARD, Charles Austin. **The Supreme Court and the Constitution**. New York: Macmillan, 1912, p. 113).

⁷²⁰ Nas palavras do próprio *chief justice* John Marshall: “too much attenuated to be countenanced by in the tribunals of a just and humane nation” (**United States v. Burr**, 25 F. Cas 30 [1807], p. 35).

⁷²¹ Como bem afirmado por Westen, “the defendant can demand not only that the state uses its process to produce witnesses in his favor, but that it makes reasonable efforts in good faith to render its process effective” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 280).

⁷²² No caso, havia um privilégio em favor do Presidente traduzido no segredo de suas correspondências, que foi afastado pela decisão da Corte. Segundo Marshall seria “a blot in the page which records the judicial

Dessa forma, sempre que houver a “absoluta necessidade” da prova para a defesa, sendo esta “essencial para a justiça do caso”, as cortes devem garantir, através de seus atos cogentes, a sua produção, sob pena de desistência da própria ação penal.⁷²³

Contudo, em que pese o alerta de John Marshall, a garantia do *compulsory process* efetivamente se tornou “letra morta”⁷²⁴ no sistema jurisdicional norte-americano até 1967, quando ocorreu o julgamento pela Suprema Corte do caso *Washington v. Texas*;⁷²⁵ ou seja, a questão somente foi revisitada passados inacreditáveis 170 anos.

No referido caso, Jackie Washington e Charles Fuller haviam sido processados pelo estado do Texas ante a suposta prática de crime de homicídio. Washington, em seu interrogatório, sustentou que Fuller havia lhe retirado a arma e que, como não conseguiu fazer Fuller desistir do crime, fugiu do local antes mesmo da ocorrência dos disparos. A defesa de Washington, então, requereu que Fuller, única testemunha ocular do fato, e que já havia sido por ele condenado em processo desmembrado, fosse ouvido como testemunha, com o fim de exonerar Washington da prática da conduta imputada. Todavia, em razão de um estatuto do Texas que apontava que eventuais coautores ou partícipes não teriam capacidade de testemunhar em favor dos demais, o pedido defensivo acabou rejeitado pelas cortes inferiores.

A Suprema Corte, todavia, em análise detida do tema, inicialmente atestou que o *compulsory process* seria elemento fundamental para um julgamento justo (*fair trial*), razão pela qual deveria ser respeitado por todas as cortes americanas, em razão da cláusula do devido processo legal, prevista na Décima Quarta Emenda.⁷²⁶ Além disso, reforçando o posicionamento já esposado quase dois séculos antes por John Marshall, afirmou-se que “o direito de apresentar testemunho, e exigir compulsoriamente a presença de sua testemunha, se necessário, é, em verdade, o direito de se defender, o direito de apresentar a versão defensiva dos fatos da mesma forma que a acusatória para o Júri, de forma que este decida qual a verdade”.⁷²⁷

proceedings of this country” impedir o acesso do acusado à prova exculpatória (**United States v. Burr**, 25 F. Cas 30 [1807], p. 35).

⁷²³ “No matter how strong the President’s interest in secrecy, the defendant is entitled to any information ‘absolute necessary in the defence’ or ‘essential to the justice of the case’, and it is for the courts to make the necessary determination. If the President refuses to disclose such information, the courts have no choice but to halt the prosecution” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 107).

⁷²⁴ Segundo Westen, até 1967, a *compulsory process clause* foi somente mencionada cinco vezes pela Suprema Corte, duas vezes em *dictum*, e três vezes para rejeitar sua construção e aplicação (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 108); WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 194-5.

⁷²⁵ **Washington v. Texas**, 388 US 14 (1967).

⁷²⁶ *Ibid.*, 18.

⁷²⁷ Tradução livre do original: “The right to offer the testimony of witnesses, and to compel their attendance, if necessary, is in plain terms the right to present a defense, the right to present the defendant’s version of the facts

A razão em concreto pela qual foi afastada a norma texana deu-se por esta estabelecer, de forma arbitrária, a exclusão *a priori* de toda uma classe de testemunhas eventualmente importantes à defesa,⁷²⁸ cuja confiabilidade poderia ser levada, caso a caso, à análise precisa dos julgadores (*fact-finders*).⁷²⁹ Ali assentou-se, ainda, que apenas em hipóteses nas quais a inconfiabilidade probatória fosse intrínseca ao meio de prova, a ponto de afastar o julgamento racional dos jurados, dever-se-ia autorizar a inadmissão da introdução de elementos probatórios pelo acusado,⁷³⁰ configurando-se, portanto, maior permissividade à prova defensiva⁷³¹.

Note-se que, por diversas vezes, a Suprema Corte norte-americana já conferiu maior intensidade ao direito probatório do réu, em contraposição àquele atinente à acusação, como, por exemplo, no célebre julgamento *Chambers v. Mississippi*,⁷³² no qual a prova de ouvir dizer (*hearsay evidence*), em regra não autorizada para sustentar a tese acusatória, foi admitida em favor da defesa, uma vez reconhecido, novamente, que o acusado, em

as well as the prosecution's to the jury so it may decide where the truth lies" (**Washington v. Texas**, 388 US 14, [1967], p. 19).

⁷²⁸ Tal afirmativa é corroborada quando a própria Supreme Court, em **Washington v. Texas**, estabeleceu que as regras acerca da capacidade da testemunha deverão ser analisadas sob os critérios do *compulsory process*. Acerca da análise das "*competencies*", mais à frente.

⁷²⁹ Referindo-se única e exclusivamente acerca da prova testemunhal, até mesmo em razão da dicção expressa do *compulsory process*, que, como visto, vem sendo interpretado extensivamente, Peter Westen, estabelecendo uma visão bem compreensiva do instituto, afirma que tal garantia "*entitles a defendant to discover the existence of potential witnesses; to put them on the stand; to have their testimony believed; to have their testimony admitted into evidence; to comply witnesses to testify over claims of privilege; and to enjoy an over-all fair balance of advantage with the prosecution with respect to the presentation of witnesses*" (WESTEN, Peter. "The Compulsory Process Clause". **Michigan Law Review**, p. 120-1).

⁷³⁰ Neste sentido, ver WESTEN, Peter. "The Compulsory Process Clause", **Michigan Law Review**, p. 157.

⁷³¹ Admitindo a existência de vantagens processuais ao acusado em Processo Penal, Mahoney afirma que: "*The constitutions of every state and of the United States, for example, provide the right to the accused to a fair trial. The state has no such 'right'. Much effort has gone into constructing 'rights' for others than the accused, like the 'public's right to a speedy trial' or the rights of complaining witnesses, at trial, in sentencing, or the rights of jurors. Nevertheless, the fact remains that, however unstated the principle might be, the accused is not only entitled to protections that other players take for granted, but also to advantages in the process of criminal adjudication those others would be denied*" (MAHONEY, Mark J. "The Right to Present a Defense". **Superstar Trial Seminar**, 2016, p. 171. Disponível em: <<https://www.harringtonmahoney.com/content/Publications/MahoneyRighttoPresentaDefense201701.pdf>>; Acesso em: 20 out. 2018).

Em sentido similar, Clinton afirma que a Suprema Corte consistentemente vem pesando a balança em favor do acusado em Processo Penal (CLINTON, Robert N. "The Right to Present a Defense: An Emergent Constitutional Guarantee in Criminal Trials". **Indiana Law Review**, n. 9, p. 756, 1976). Amar, em sentido diverso, afirma que a *compulsory process clause* garante apenas que o acusado tenha os mesmos direitos probatório da acusação, ou seja "*compulsion parity with the government*". Em exemplo, afirma o autor que: "*If the government cannot compel a doctor to testify against the patient, because of a general doctor-patient privilege, a defendant cannot so compel this doctor*" (AMAR, Akhil Reed. "Sixth Amendments First Principles". **Georgetown Law Journal**, n. 84, p. 641-99, p. 702, 1996). No mesmo sentido, ver NAGAREDA, Richard A. "Reconceiving the Right to Present Witnesses". **Michigan Law Review**, n. 97, p.1069, 1999. Todavia, a visão de Amar e Nagareda tem se afastado do posicionamento atual das Cortes norte-americanas, sendo improvável, segundo Imwinkelried e Garland, que a Suprema Corte passe a acompanhá-la (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 51).

⁷³² **Chambers v. Mississippi**, 410 US 284 (1973).

procedimento criminal, “tem um direito constitucional a introduzir qualquer prova exculpatória, a não ser que o estado logre comprovar que a prova seria tão inconfiável a ponto de afastar em absoluto a capacidade racional de avaliar a verdade pelos jurados”.⁷³³ A diferença de tratamento entre acusação e defesa decorre diretamente da costumeira hipossuficiência probatória do acusado.⁷³⁴

Ante todo o exposto, pode-se concluir que a garantia do *compulsory process*, segundo a construção pretoriana da Suprema Corte dos EUA, encerra (i) a faculdade de o defendente requerer a ajuda dos órgãos jurisdicionais (*process*) (ii) a obter qualquer prova exculpatória que venha a favorecer as teses defensivas,⁷³⁵ configurando, portanto, a tradução constitucional do direito probatório defensivo no sistema norte-americano.

3.5 A criação das *Federal Rules of Evidence*: uma visão do sistema probatório norte-americano

Delineado o direito à prova defensiva no ordenamento jurídico norte-americano como decorrência da cláusula do *compulsory process*, prevista na Sexta Emenda, bem como componente do *due process of law* exigido pela Décima Quarta Emenda, há de se analisar as

⁷³³ Segundo Westen, “*Broadly construed, it appears to recognize that the accused in a criminal proceeding has a constitutional right to introduce any exculpatory evidence, unless the state can demonstrate that it is so inherently unreliable as to leave the trier of the fact no rational basis for evaluating its truth*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 151-2). Sobre o ponto, como bem assentado por Westen, os padrões elevados exigidos pela *confrontation clause* para a *hearsay evidence* apresentada pela acusação decorrem de direitos específicos do acusado, sendo certo que não há direito análogo à acusação que a autorize a afastar a possibilidade da espécie probatória pela defesa (Ibid., p. 156).

⁷³⁴ Neste sentido, Weinstein, acerca da *hearsay evidence*, afirma que: “*since the investigative resources of government and defendant are often disparate. [...] the confrontation doctrine, insofar as it is applicable, is available to the defendant only*” (WEINSTEIN, Jack B. “Alternatives to the Present Hearsay Rules”. **44 FRD**, p. 385, 1967).

⁷³⁵ “*The compulsory process was intended to permit the defendant to request governmental assistance (‘process’) to obtain exculpatory evidence (‘witness in his favor’)*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”. **Michigan Law Review**, p. 123). Especificamente no que se refere aos *standards* para requerimento de prova testemunhal defensiva, Westen afirma que: “[...] *a defendant has a right to subpoena witnesses who are (1) competent (‘physically and mentally capable of testifying to events that [they] personally observed’) to give testimony that is (2) relevant, (3) material, and (4) favorable to the defendant (testimony that is relevant and material ‘to the defense’)*” (Idem. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 198). Evidente, todavia, que tal direito não se restringe à prova testemunhal, como bem assevera o mesmo autor, novamente citando Marshall: “*Marshall’s constitutional judgment that the defendant’s right to compulsory process includes the right to produce evidence in documentary form has never been questioned*” (Ibid., p. 303). Em Burr, restou assentado no voto de Marshall que: “[...] *This court would certainly be very unwilling to say that upon fair construction the constitutional and legal right to obtain its process, to compel the attendance of witness, does not extend to their bringing with them such papers as may be material in the defence*” (**United States v. Burr**, 25 F. Cas. 30 [1807], p. 35).

possíveis limitações de seu exercício previstas no direito anglo-saxão.

Ressalte-se que a necessidade da criação de uma *law of evidence* no sistema da *common law*, através de sucessivas construções jurisprudenciais que limitassem o exercício do direito à prova pelas partes,⁷³⁶ deu-se originariamente em razão do estabelecimento de um grupo de juízes leigos como órgão responsável pelo julgamento.⁷³⁷ Até mesmo o surgimento do critério da relevância da prova como óbice para a admissão dos requerimentos probatórios, que será analisado em ponto posterior, visava, ao menos em um primeiro momento, a evitar a criação de eventuais confusões na análise dos elementos de convicção por parte do júri, uma vez que se impedia que fossem trazidas ao processo questões que não guardassem qualquer relação com seu objeto.⁷³⁸

O sistema norte-americano, então, respeitando suas tradições ligadas ao sistema da *common law*, sempre prescindiu da criação de normas abstratas, cogentes e específicas, por parte do Poder Legislativo, que previssem tais restrições, embasando suas regras probatórias no direito paulatinamente construído pelos tribunais com a aplicação de princípios gerais ao caso concreto.⁷³⁹

Como bem ressaltado por Michael Martin, ao menos no que tange à criação de regras acerca do procedimento probatório (*evidence rules*), estas sempre foram produtos de uma análise casuística, advinda da aplicação de normas gerais – originadas em estatutos ou na própria tradição histórica da *common law* – às especificidades de cada caso concreto.⁷⁴⁰

⁷³⁶ Como, por exemplo, com a criação de regras judiciais de exclusão probatória, ou restrições às “testemunhas de ouvir dizer” (*hearsay evidence*).

⁷³⁷ NOKES, G. D. “The English jury and the law of evidence”. **Tulane Law Review**, n. 31, p. 153-72, 1956. Damaška, em seu clássico livro *Evidence Law Adrift*, afirma que a forma como se estruturou o estilo do sistema anglo-americano de busca da verdade, ou a formação da chamada *common law evidence*, deu-se em razão de três pilares básicos daquele sistema: (i) a forma organizacional dos tribunais – isto é, a nomeação de um julgador responsável somente pela legalidade do procedimento facilita a possibilidade de se impedir que “provas de ouvir dizer”, por exemplo, cheguem ao acesso do outro órgão responsável pela análise do fato; (ii) a compressão de um procedimento em um único ato igualmente aponta pela exclusão da prova derivada, uma vez que a parte não poderá tentar localizar o depoente originário, bem como deve-se evitar o excesso de prova; e (iii) o fato de a gestão das provas estar com as partes, ou seja, um sistema adversarial, poderia trazer dúvida acerca da confiabilidade da prova introduzida ao julgamento (DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997). Embora o autor aponte que esses três pilares encontram-se em decadência no atual sistema norte-americano, razão pela qual “*common law evidence as we know it is likely to be confined to a narrower sphere, perhaps serious criminal cases, or even completely discarded*” (Ibid., 149).

⁷³⁸ GIULIANI, Alessandro. “Problemi metodolici nello studio del diritto processuale comparato”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 16, 1962, p. 656.

⁷³⁹ Essa é a razão, inclusive, pela qual ainda se verifica, até os dias atuais, grande discussão na doutrina norte-americana acerca da necessidade ou não da criação de codificações. Sobre a questão, ver SALTZBURG, Stephen A.; MARTIN, Michael M.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**. 9th ed. New Providence: Lexis Law Publishing, 2006, p. 1-3.

⁷⁴⁰ “*Anglo-American evidence law has historically been a product of case-by-case adjudication. Moreover, as courts decide cases they inevitably create evidence law through the process of interpreting statutes and fitting them to the specific facts of each case*” (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 178).

Todavia, não há como se negar que, assim como já visto em ponto anterior, os ordenamentos jurídicos nacionais raramente apresentam características herméticas, fazendo com que, mesmo que tenham como origem um sistema ou outro – *common law* ou *civil law* –, acabem por importar institutos do “sistema-irmão” (ainda mais em um mundo cada vez mais “sem fronteiras” como o atual), circunstância essa que justifica a tendência, verificada no último século, de os países de origem anglo-saxônica passarem a criar normas abstratas para regular, de forma geral, determinadas situações da vida cotidiana.⁷⁴¹

A criação específica de um regramento para a obtenção e produção probatória nos EUA foi inicialmente debatida no final da década de 1930, quando da criação das *Federal Rules of Civil Procedure*. Todavia, naquele momento, para se evitar possível lentidão na tramitação do referido projeto de lei, abandonou-se o tema “provas”, fazendo com que tal questão não restasse prevista na versão final daquela codificação.

O tema voltou a ser objeto de discussão tanto pelo *American Law Institute*, com a posterior criação do *Model Code of Evidence*, em 1942, quanto, depois, pela *American Bar Association*, com a promulgação das *Uniform Rules of Evidence*, em 1953.⁷⁴² Todavia, em que pese o excelente trabalho realizado por ambos os órgãos, nenhuma jurisdição optou por adotar por completo qualquer um dos dois modelos.⁷⁴³

Apenas em 02 de janeiro de 1975, após mais de uma década de discussões, alterações e revisões de minutas de projeto de uma codificação probatória, das quais participaram a *Judicial Conference of the United States*, a Suprema Corte norte-americana e o Congresso dos EUA,⁷⁴⁴ as *Federal Rules of Evidence* (FRE) foram aprovadas durante o mandato do

⁷⁴¹ Neste sentido, David sustenta que “países de direito romano-germânico e países de common law tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20).

⁷⁴² SALTZBURG, Stephen A.; MARTIN, Michael M.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**, p. 1-3.

⁷⁴³ O *California Evidence Code*, de meados de da década de 1960, acabou por se inspirar, em parte, nas *Uniform Rules* (LEMPERT, Richard O. et al. **A Modern Approach to Evidence: text, problems, transcripts and cases**. St. Paul, Minnesota: West, 2011, p. 185-6). Sobre a dificuldade de implementação, em razão do medo de mudança pelos operadores do direito, ver MORGAN, Eddie. “Practical Difficulties Impending Reform in the Law of Evidence”. **Vanderbilt Law Review**, v. 14, p. 725, p. 732, 1961.

⁷⁴⁴ Sobre o conturbado processo de criação das *Federal Rules of Evidence* (FRE), ver SALTZBURG, Stephen A.; MARTIN, Michael M.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**, p. 3-7. Sobre o grande desconforto gerado na criação das FRE devido à não aceitação pelo Congresso da proposição originária proveniente da Suprema Corte, Martin ressalta que “*although Congress had an implicit veto power rules of procedure prescribed by the Supreme Court, it never exercised that power*” (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 170).

Presidente Ford.⁷⁴⁵ Elas tornaram-se um marco na história judicial norte-americana, uma vez que a regulação em abstrato do procedimento probatório, até então, sempre havia sido esporádica no ordenamento norte-americano.⁷⁴⁶

Embora a criação da referida codificação tenha trazido mais previsibilidade na adoção das regras probatórias pelas cortes federais,⁷⁴⁷ e, em geral, seja considerada um sucesso por ter auxiliado na possível simplificação da tarefa jurisdicional,⁷⁴⁸ fato é que ainda se verifica certa falta de uniformidade em sua aplicação, muito em razão da vagueza e falta de precisão de alguns termos utilizados pela legislação.^{749,750} Soma-se a isso, ainda, o fato de determinadas cortes federais, enraizadas no direito casuístico, apresentarem-se relutantes quanto à aplicação de determinadas prescrições previstas na codificação em função da possível injustiça que poderia se verificar no caso concreto.⁷⁵¹

A Suprema Corte americana, todavia, em dois julgamentos importantíssimos –

⁷⁴⁵ *Public Law 93-595*, 88 Stat. 1926 et seq.

⁷⁴⁶ Neste sentido, Martin afirma que: “*In the United States, statutory regulation of evidence was sporadic even during the growth of legislative procedural rulemaking, which began in the mid-nineteenth century*” (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 172).

⁷⁴⁷ Conforme afirmado por Martin, “*the Federal Rules of Evidence are the first comprehensive set of rules governing admissibility of evidence and the conduct of trials at federal level. Prior to adoption of the Federal Rules the federal courts applied evidence rules from three major sources: common law, statutes, and court rules. An overwhelming portion of the rules now included in the Federal Rules had their origin as common-law principles and were never codified*” (Ibid., p. 171).

⁷⁴⁸ “*By most accounts, the Rules have been a great success*” (BECKER, Edward R.; ORENSTEIN, Aviva A. “The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years – The Effect of ‘Plain Meaning’ Jurisprudence, the Need for an Advisory Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules”. **George Washington Law Review**, n. 60, p. 858, 1992. No mesmo sentido, ver SALTZBURG, Stephen A.; MARTIN, Michael M.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**, p. 3-7.

⁷⁴⁹ Trazendo uma lista de problemas advindos da criação da lei probatória, ver BECKER, Edward R.; ORENSTEIN, Aviva A., “The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years – The Effect of ‘Plain Meaning’ Jurisprudence, the Need for an Advisory Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules”, p. 857-914. Cabe ressaltar, todavia, que a codificação vem sofrendo emendas esporádicas tanto pelo Congresso, quanto pela *Judicial Conference*, com fins a sanar problemas que apenas se mostraram latentes após a aplicação prática das normas. A última alteração da codificação se deu em 2017, quando foram alteradas as *Rules 803 e 902*, conforme se pode verificar no seguinte link oficial: <<http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁵⁰ Alterações posteriores da lei tentaram fazer, inclusive, mudanças meramente estilísticas para tentar tornar os termos mais precisos, como alertam Merritt e Simmons: “*In 2010, the Advisory Committee approved a stylistic revision of the Federal Rules of Evidence. The Supreme Court transmitted these revisions to Congress in April 2011, and, when Congress took no action, the restyled rules took effect on December 1, 2011. The restyled rules are much easier to read and apply than earlier versions of the rules*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**. 2nd ed. West: St. Paul, 2012, p. 23).

⁷⁵¹ SALTZBURG, Stephen A.; MARTIN, Michael M.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**, p. 3-7. Muito dessa relutância por parte das Cortes vem da ideia sustentada por parte da doutrina norte-americana de que “*the historic existence of three sources of evidence law supports the view that both Congress and the courts have authority to prescribe rules of evidence*”. Assim, “*judicial interpretation and application of the Constitution has confirmed that the power to govern the admissibility of evidence and the conduct of trials is shared between the legislative and judicial branches*” (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 176).

*Bourjaily v. United States*⁷⁵² e *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*⁷⁵³ —, reafirmando a cogência das *Federal Rules of Evidence*, assentou que eventual regra passada derivada das tradições da *common law*, se em conflito direto com a nova codificação, deverá ser afastada, privilegiando-se assim o “novo” ato normativo advindo do Congresso, sendo certo que as regras costumeiras apenas poderão continuar a ser aplicadas de forma supletiva.⁷⁵⁴

Cabe ressaltar, entretanto, que a própria legislação traz, em suas *Rules* 1101(d) e 1101(e), a previsão de que tal regramento não regerá todo o trâmite procedimental criminal, estando assim afastada a sua adoção nas chamadas *suppression hearings* (audiência em que a defesa pode arguir a inadmissibilidade de determinada prova acusatória por violação das Quarta ou Quinta Emendas);⁷⁵⁵ nos procedimentos diante do *Grand Jury* (que, como visto, é o momento no qual os jurados analisam a admissibilidade da exordial);⁷⁵⁶ em procedimentos diversos (como aqueles referentes à extradição ou rendição, exames preliminares, sentenciamento, livramento condicional, concessão de fiança e expedição de mandados de busca);⁷⁵⁷ ou outras hipóteses em que haja legislação específica em sentido contrário.

⁷⁵² **Bourjaily v. US**, 483 US 171 (1987). Na hipótese, em razão daquilo prescrito na *Rule* 104, a Corte afastou a exigência histórica, advinda de regras da *common law*, de que a promotoria deveria estabelecer prova independente da existência de uma associação criminosa antes da admissão do depoimento de ouvir dizer de um coconspirador.

⁷⁵³ **Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals**, 509 US 579 (1993). Neste caso, a Suprema Corte, aplicando a *Rule* 702.2 afastou a aplicação do *Frye test*, já clássico na tradição da *common law*, para análise de testemunhos de *experts*.

⁷⁵⁴ Interessante o posicionamento trazido por Martin de que as cortes poderiam eventualmente afastar a aplicação de norma contida na FRE em casos concretos, pelo fato de que o poder de criar regras probatórias adviria, precipuamente, da própria função Judiciária prevista na Constituição norte-americana, cabendo ao Legislativo apenas estabelecer regras probatórias que dissessem respeito a políticas públicas, ou seja, que visassem atingir posições de terceiros externos ao processo (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 183). Segundo o autor, “*the separation of powers doctrine cannot be taken so literally that it precludes concurrent exercise of delegated or implied powers*” (Ibid., p. 185). Assim, “*the legislature function as ‘voice of the people’ requires that its rules enunciating public policy take precedence over contrary rules adopted by the judiciary, even if the judicial rules are deemed indispensable to the process of finding controversies. Certain evidence rules may govern the probative effect to be given items of proof; but at the same time, they may also reflect public policy determinations, which are ultimately the responsibility of the legislature*” (Ibid., p. 193-4). Conclui então, afirmando que: “*so long as the applicable rule is founded only on considerations of the probative value of the evidence or orderly conduct of the trial, the court should be free to use its inherent power to substitute its judgement for that of Congress*” (Ibid., p. 202). Críticas similares acerca da intromissão do legislativo em questões procedimentais atinentes ao processo judiciário são trazidas em WIGMORE, John Henry. “All Legislative Rules for Judiciary Procedure are Void Constitutionally”, **Illinois Law Review**, n. 23, p. 276, 1928.

⁷⁵⁵ “[...] *that same rules of evidence governing criminal jury trials are not generally thought to govern hearings before a judge to determine evidentiary questions was confirmed...when the Court transmitted to Congress the proposed Federal Rules of Evidence*” (**US v. Matlock**, 415 US 164 [1974], p. 173).

⁷⁵⁶ Não se aplicam as regras da FRE porque, como visto, tal procedimento é praticamente presidido pela promotoria, sem a participação efetiva de um juiz togado, ou mesmo, em regra, do acusado e da sua defesa, sendo muito difícil controlar sua aplicação nessa fase. Sobre a questão, ver MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 27.

⁷⁵⁷ BERGMAN, Barbara E.; HOLLANDER, Nancy. **Wharton’s Criminal Evidence**. St. Paul: West Group, 1997, v. 1, p. 16.

Em suma, a lei visa majoritariamente à sua aplicação no *trial*,⁷⁵⁸ ou seja, na fase processual de julgamento, o que demonstra sua relevância para o presente trabalho, que busca exatamente analisar os critérios de indeferimento de prova defensiva no sistema processual penal brasileiro durante o processo de conhecimento.

Cabe ressaltar, por fim, para reafirmar a importância das *Federal Rules of Evidence*, que, após sua promulgação, 42 estados norte-americanos criaram codificações próprias nelas baseadas, assim como Guam, Porto Rico, e U.S. Military,⁷⁵⁹ sendo, portanto, um instrumento importante – embora não definitivo – de estudo do sistema probatório criminal nos Estados Unidos da América.

3.6 Formas de limitação ao exercício do direito à admissão da prova defensiva nos EUA durante o *trial*

Passa-se então à análise das hipóteses de restrição ao direito à admissão da prova defensiva previstas nas *Federal Rules of Evidence*, com vistas a buscar subsídios para reinterpretar a limitação da atividade probatória do acusado no sistema processual penal brasileiro, objeto primário do presente trabalho.

Todavia, há de se ressaltar que, mesmo que seja evidente a aproximação cada vez maior dos sistemas de origem romano-germânica e anglo-saxônica, o “transplante jurídico” de institutos estrangeiros deverá sempre respeitar as características principais de cada ordenamento em que se busca sua inserção, sob pena de se gerar contradições internas.⁷⁶⁰

E, como se sabe, há grandes diferenças entre o sistema processual penal brasileiro e o norte-americano, principalmente no que se circunscreve ao órgão jurisdicional que realizará a valoração da prova, uma vez que, no sistema pátrio, à exceção, por força constitucional e legal, dos crimes dolosos contra a vida e aqueles a estes conexos, será o juiz togado, de

⁷⁵⁸ Salientando a questão: “*Contrary to what many people believe, however, the formal Rules of Evidence do not apply to every stage of adjudication in federal court. The rules apply only to the main event of litigation: the trial. Most other stages, even though they are adversarial in nature, need not follow the formal Rules of Evidence*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence**: from the federal rules to the courtroom, p. 26).

⁷⁵⁹ WEINSTEIN, Jack B.; BERGER, Margareth A. **Weinstein’s federal evidence**: commentary on rules of evidence for the United States courts. 2nd ed. New York: M. Bender, 1997, p. 6-T; WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R. **Federal Practice and Procedure**. Thomson West, 1982, § 5009.

⁷⁶⁰ A análise da possível utilização, e adaptação, de alguns dos institutos probatórios norte-americanos na reinterpretação das hipóteses de limitações probatórias processuais previstas em nosso ordenamento jurídico, já aventada na Introdução do presente trabalho, será melhor abordada no início do Capítulo IV.

carreira, que realizará o cotejamento das provas produzidas pelas partes. Já nos EUA, como visto, em regra tal função é exercida por juízes leigos que compõem a instituição do júri.

Há de se perguntar, então, se as regras de exclusão probatória previstas nas *Federal Rules of Evidence* encontrariam cogência, naquele sistema, também em hipóteses, ainda que excepcionais, de julgamento por juízes togados (*bench trials*), ou muita de sua aplicabilidade à realidade jurídica brasileira deverá ser relativizada.

Não há dúvida nenhuma de que o julgamento realizado por juízes leigos, que não têm o conhecimento jurídico necessário acerca de questões extremamente relevantes relativas ao direito probatório (v.g., capacidade probatória, *standards* de julgamento etc.), e que julgam pelo sistema da íntima convicção, torna ainda mais relevante o estabelecimento, seja por atos normativos, seja pela própria jurisprudência, de parâmetros e requisitos para a introdução da prova no processo, evitando-se assim eventuais equívocos na decisão final – uma vez que os jurados podem ser convencidos por provas que flagrantemente não deveriam ser aptas à formação de um juízo de certeza.

Assim, certamente em razão de grande parte dos julgamentos no sistema judicial norte-americano se desenvolver através da instituição do júri, aquele ordenamento sempre dispensou especial atenção acerca das técnicas de produção e introdução probatória na fase jurisdicional, justificando-se, assim, a notória preocupação com tais circunstâncias verificada em diversas das previsões das *Federal Rules of Evidence*.

Todavia, tal assertiva não significa que *bench cases*, ou seja, ações penais julgadas por juízes togados, não sejam igualmente regradas por aquelas normas, sendo certo que tem se admitido⁷⁶¹ que as restrições ali previstas também sejam estendidas para hipóteses de julgamento por magistrados de carreira, mormente naqueles casos, como os tratados neste trabalho, em que o juiz rejeita prova que deveria ter sido admitida.⁷⁶²

Dessa forma, ressaltada a aplicabilidade das *Federal Rules of Evidence* também às hipóteses de julgamentos por juízes de carreira, serão analisados a seguir, de forma crítica, os dispositivos previstos na referida codificação que buscam estabelecer alguns limites à

⁷⁶¹ Nesse sentido, McCormick atesta que: “*The rules of evidence at common law and pursuant to the Federal and Revised Uniform Rules of Evidence (1974) apply in trials without a jury. Nevertheless as Thayer states, our law of evidence is to a great extent a ‘product of the jury system [...] where ordinary untrained citizens are acting as judges of fact’*” (MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, 5th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1999, p. 99, § 60).

⁷⁶² Sobre essa hipótese, McCormick afirma que: “*These appellate courts are of the mind that in reviewing a case tried without a jury, the receipt of inadmissible evidence over objection will not ordinarily be a ground of reversal if there was other, admissible evidence sufficient to support the findings. The judge is presumed to have disregarded the inadmissible and relied on the admissible evidence. However, when the judge errs in the opposite direction by excluding evidence which ought to have been received, the judge’s ruling is subject to reversal if it is substantially harmful to the losing party*” (Ibid., p. 99-100, § 60).

admissão da prova do acusado.

3.6.1 Pretrial discovery e o necessário acesso às informações de posse do acusador

Antes mesmo de se dar início ao julgamento perante o órgão jurisdicional, o sistema norte-americano prevê uma fase prévia – porém posterior à admissibilidade da peça acusatória (*indictment*) – de busca de prova pelas partes, e que não se confunde com a investigação pré-processual já ocorrida em momento anterior, chamada de *pretrial discovery*.⁷⁶³

Tal fase visa, antes de tudo, possibilitar que ambas as partes tenham ciência de elementos probatórios relevantes referentes ao caso penal objeto da demanda que já estejam sob a posse, ou sejam do conhecimento, da parte adversa. O fim, obviamente, é o de evitar que as partes sejam surpreendidas⁷⁶⁴ com a apresentação, na sessão de julgamento, de provas cuja ciência não obtiveram previamente, uma vez que, relembre-se, grande parte dos casos se darão perante o júri, em um ato processual único.⁷⁶⁵

⁷⁶³ LaFave et al., fazem uma digressão acerca do histórico do instituto, afirmando que, antes do século XX, as Cortes Norte-americanas, com base nos precedentes ingleses, não vislumbravam sua existência nos sistemas da *common law*, sendo certo que, principalmente após o final da década de 1930, as jurisdições estatais passaram a prever tais regras, iniciando pelos casos civis, tornando-se universais no direito norte-americano a partir de então para todos os casos (LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**. 4th ed. Thomson Reuters, 2015, v. 5, p. 408-12). Ainda sobre o instituto e suas origens, ver MOORE, Michael. “Criminal Discovery”. **Hastings Law Journal**, n. 19, p. 865-917, 1968; NORTON, Jerry E. “Discovery in the Criminal Process”. **Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, n. 61, p. 11-38, 1970.

⁷⁶⁴ Trata-se da proibição do *trial by surprise*, da forma como previsto em BRENNAN, William J. “The Criminal Prosecution, Sporting Event or the Quest for the Truth?”. **Washington University Law Quarterly**, n. 68, p. 279 e ss, 1963. Todavia, como bem asseverado por diversos doutrinadores, a surpresa da parte contrária não configura fundamento válido para exclusão da prova, devendo o magistrado, se necessário, admiti-la e determinar a remarcação do julgamento. Nesse sentido, ver WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**. 7th ed. New Providence: Matthew Bender, 2011, p. 136; WIGMORE, John Henry. **Evidence in trial at common law**, v. 6, § 1848; MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Federal Evidence**, 2nd ed. Rochester: Lawyers Cooperative Publishing, 1994, v. 1, p. 529-33; LILLY, Graham C. **An Introduction to the Law of Evidence**. St. Paul: West Publishing Co., 1978, § 2.5.

⁷⁶⁵ Nosso Código de Processo Penal, igualmente tentando prevenir a surpresa das partes no procedimento especial do Tribunal do Júri, impede que façam até mesmo mera referência a elementos de prova que não forem juntados com a precedência de 3 (três) dias à data de julgamento. Sobre a importância do *pretrial discovery*, Westen afirma que “*Pretrial discovery is a device that ‘enhances the fairness of the adversary system’ and ‘enhance[s] the search for truth’ when it gives ‘both the defendant and the State ample opportunity to investigate certain facts crucial to the determination of guilt or innocence’*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 182). Isso porque, como bem atestado por Lempert, “*the testimony, documents, expert opinions, and exhibits which comprise the evidence that forms a lawyer’s case are not always available when the decision to represent a client is made. They must be discovered, compiled and interpreted. An ethical attorney does not make up evidence in the sense of creating appearances with no basis in reality, but in a very real sense he or she must generate the evidence that is later presented in negotiations or in court*”. Para concluir que “*one of the most important aspects of preparation of trial is discovery*” (LEMPERT, Richard O. et al. **A Modern Approach to Evidence: text, problems, transcripts and cases**, p. 195).

Note-se que, antes mesmo do julgamento, já são garantidos ao imputado diversos direitos (v.g., direito à integridade, à intimidade etc.), assegurando-se até mesmo poderes investigatórios ao defensor, que, através da colheita direta de prova, poderá sustentar e fundamentar possíveis futuras alegações em juízo.^{766,767}

E, considerando-se que, em razão do direito à não autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), a acusação não poderá obrigar o acusado a produzir prova em seu desfavor, o *pretrial discovery* se tornou, então, um instrumento ainda mais relevante à defesa⁷⁶⁸ – sendo visto⁷⁶⁹ como uma de suas principais garantias⁷⁶⁹ –, devendo-se possibilitar ao

⁷⁶⁶ Muitos escritórios de advocacia norte-americanos têm, inclusive, notários internos que auxiliam os advogados na colheita dos depoimentos pré-processuais. Tal procedimento de colheita de prova pode até mesmo ser acompanhado pela promotoria, ou pelos advogados de eventuais vítimas. Neste sentido, ver RAMOS, João Glaberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190. O autor ressalta ainda que, em razão dos elevados custos da Justiça norte-americana, muitas vezes as partes optam pela produção probatória direta pela defesa, para posterior juntada aos autos, ao invés da produção das mesmas em Juízo.

⁷⁶⁷ Um dos grandes problemas da fase anterior ao julgamento é o fato de a acusação, por muitas vezes, “esconder” a prova a favor da defesa eventualmente encontrada nas investigações. O Comitê da American Bar Association (ABA) vem demonstrando tal preocupação em sua normas éticas, como podemos ver a seguir: “*The committee observed that the predecessor to Model Rule 3.8(d), Disciplinary Rule 7-103(b) of the ABA’s Model Code of Professional Responsibility, similarly provided that ‘(a) public prosecutor...shall make timely disclosure to counsel for the defendant, or to the defendant if he has no counsel, of the existence of evidence, known to the prosecutor...that tends to negate the guilt of the accused, mitigate the degree of the offense, or reduce the punishment’*” (CARY, Robert.; SINGER, Craig D.; LATCOVICH, Simon A. **Federal Criminal Discovery**. ABA Publishing, 2011, p. 353).

⁷⁶⁸ Há uma grande discussão no sistema norte-americano, com a mesma pretensão de se intensificar a busca pela verdade, de se estabelecer uma maior expansão da *defense discovery*, isto é, a necessidade de que a defesa tenha mais acesso às informações relevantes em poder da acusação. Justice Brennan sempre advogou tal tese, sob o fundamento de que o processo deve ser uma *quest for the truth*, afastando-se, assim, de uma *sporting theory of justice* (BRENNAN, William J. “The Criminal Prosecution, Sporting Event or the Quest for the Truth?”. **Washington University Law Quarterly**, p. 279 e ss). Todavia, aqueles que advogam no sentido contrário, sem afastar a ideia de que o processo serve à busca pela verdade, afirmam que não se pode tratar o processo penal da mesma forma como o civil, basicamente em razão de três fatores: (i) o direito a não autoincriminação do acusado não permite a *discovery* recíproca da forma sustentada nas ações cíveis, o que tornaria a medida desigual entre as partes (*reciprocity argument*); (ii) a grande possibilidade de, ao se expandir a *discovery*, se facilitar o perjúrio do réu (crime este que, embora não seja possível de ser imputado no Brasil, encontra previsão no sistema norte-americano), uma vez que ele poderia “fabricar” a sua defesa (*the perjury argument*); (iii) a grande possibilidade de o réu, sabendo anteriormente as testemunhas que serão ouvidas no julgamento, desenrolar um processo de intimidação das mesmas (LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**, v. 5, p. 143). Sobre a discussão, ver também SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, p. 978-82. Interessante, quanto a este último ponto, a crítica de Abraham Goldstein, na qual ele afirma que não é possível, de forma genérica, falar que em Processo Penal o réu sempre terá impulsos em alterar ou manipular a prova, uma vez que os crimes imputados podem ser de diversas naturezas, bem como a periculosidade do acusado (GOLDSTEIN, Abraham. “The State and the Accused: Balance of Advantage”. **Yale Law Journal**, n. 69, p. 1149-200, 1960).

⁷⁶⁹ Há quem critique o direito à defesa ter ciência de toda a prova da acusação antes do julgamento, sob o fundamento de que a balança no sistema processual penal já estaria muito pesada em favor do réu. Nesse sentido, Judge Learned Hand: “*Under our criminal procedure the accused has every advantage. While the prosecution is held rigidly to the charge, he need not disclose the barest outline of his defense. He is immune from question or comment on his silence; he cannot be convicted when there is the least fair doubt in the minds of any one of the twelve. Why in addition he should in advance have the whole evidence against him to pick over at his leisure, and make his defense, fairly or foully, I have never been able to see. [...] Our dangers do not lie in too little tenderness to the accused. Our procedure has been always haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream. What we need to fear is the archaic formalism and the watery sentiment that obstruct,*

imputado o acesso prévio a todas as provas e documentos de posse da acusação,⁷⁷⁰ bem como a ciência da prova que o acusador pretende produzir durante o *trial*.^{771,772}

No julgamento de Burr, anteriormente mencionado, o *chief justice* John Marshall já havia atentado há quase dois séculos para o fato de que a garantia do *compulsory process* deveria ser verificada mesmo antes do início da fase de julgamento, ou seja, assim que se possa atribuir ao acusado o interesse de se defender (v.g., com a decretação de sua prisão pelo Estado),⁷⁷³ até mesmo possibilitando a colheita de prova testemunhal antes do *trial*, com vistas à preservação de eventual elemento de convicção que possa vir a se perder em razão do tempo.⁷⁷⁴

Outro caso emblemático foi *Brady v. Maryland* (1963),⁷⁷⁵ no qual a Suprema Corte, ao decidir sobre hipótese em que havia sido indeferido pedido expresso do imputado na fase do *pretrial* para acesso a documentos de posse da acusação, estabeleceu que estar-se-ia violando o devido processo legal, independentemente de má-fé da promotoria.⁷⁷⁶ E, novamente, em julgamento datado de 1966, a Suprema Corte atestou que a necessidade da ciência por parte da defesa, antes do julgamento, de material probatório em posse da acusação, revela-se

delays, and defeats the prosecution of crime” (US v. Garsson, 291 F. 646 [S.D.N.Y 1923], p. 649). Parece equivocado tal posicionamento, principalmente no fato de que se baseia na falsa ideia de que, no sistema norte-americano, a condenação do inocente seria um *unreal dream*.

⁷⁷⁰ Por essa razão, Westen aponta tal direito da defesa como um dos elementos do *compulsory process*, ao afirmar que “*the defendant’s sixth amendment right to produce witnesses in his favor and his fifth amendment right to discover favorable evidence held by the government are conceptually one and the same, and that the line of cases under the due process should be viewed as a reflection of rights more specifically guaranteed by the compulsory process clause*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 232, nota 145).

⁷⁷¹ Sobre as faculdades da defesa no *pretrial discovery*, LaFave et al. dizem que: “*Thus, the prosecution would be required to disclose statements it had obtained from the defendant, his codefendant, and any witnesses it intended to present. It would also be required to make available to the defense, as in civil discovery, relevant documents and tangible items. Finally, it would be required to inform the defense of certain information (e.g., the names and addresses of potential prosecution witnesses) that ordinarily was obtained in civil cases through interrogatories*” (LAFAVE, Wayne R. et al. *Criminal Procedure*, v. 5, p. 411).

⁷⁷² Mas isso não quer dizer que a promotoria não tenha certos direitos ao *disclosure* pela defesa antes do julgamento. A simples leitura da *Federal Rule 16*, aponta, dentre outras, a necessidade de que a defesa avise a acusação, antes do julgamento, acerca de eventuais álibis. Tal provisão já foi, inclusive, julgada constitucional pela Suprema Corte em *Williams v. Florida*, 399 US 78 (1970). E a própria *American Bar Association*, na terceira edição de seus *ABA Standards For Criminal Justice Discovery and Procedure Before Trial* (3rd ed. 1996), expandiu suas proposições acerca da *discovery* da promotoria, aproximando-a à da defesa.

⁷⁷³ Comentando a opinião de Burr, Peter Westen diz que: “*Because compulsory process is designed to enable the accused to present a defense, he must have time to prepare that defense. To achieve its purpose at trial, it must be available before trial. In short, the right attaches as soon as the defendant has an interest in preparing his defense, which in Burr’s case occurred upon his arrest*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, *Michigan Law Review*, p. 105).

⁷⁷⁴ Neste sentido, Westen afirma que “*the defendant may have a constitutional right to take pretrial depositions in the rare case in which he seeks to preserve favorable evidence that might otherwise become unavailable for trial*” (Ibid., p. 251). Trata-se de algo similar à nossa produção antecipada de prova.

⁷⁷⁵ *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963).

⁷⁷⁶ Interessante o posicionamento da Suprema Corte da Califórnia que, em *Evans v. Superior Court*, 11 Cal. 3d 617 (1974), impôs à promotoria o dever de utilizar de suas próprias ferramentas, não disponíveis ao defendente, para obter prova em favor do imputado.

fundamental para se garantir a correta administração da justiça criminal.⁷⁷⁷

Ademais, no que tange às cortes federais, a *Federal Rule of Criminal Procedure* 16, a elas aplicáveis, determina expressamente, em sua redação atual, a obrigatoriedade de que seja facultado à defesa o acesso a depoimentos escritos ou gravados, exames periciais, documentos relevantes e eventuais objetos que tenham alguma ligação com o caso penal objeto da demanda, e que a acusação pretenda utilizar no julgamento.⁷⁷⁸

As cortes estaduais, por sua vez, com base em recomendações da *American Bar Association* (ABA), vêm aumentando cada vez mais o acesso da defesa aos elementos de prova à disposição do órgão acusador, quando comparado com a previsão da supramencionada norma federal,⁷⁷⁹ sendo certo que, em uma última revisão, a ABA sugeriu a adoção do sistema *open-file discovery*, ou seja, a obrigação que a promotoria abra acesso à defesa a todo e qualquer material ou informações que esteja na posse ou controle do órgão, embora essa última sugestão tenha sido adotada, em estatutos, apenas pelo estado da Carolina do Norte.⁷⁸⁰

Aqueles que advogam pela progressiva expansão do direito ao acesso à prova pela defesa argumentam que a vitória final apenas será alcançada quando houver a obrigatoriedade de a defesa ser informada, pela acusação, de todas as possíveis fontes de informações de conhecimento da promotoria, ainda que ela não as pretenda utilizar ou as ache irrelevante, uma vez que a defesa, julgando de forma diferente, poderá eventualmente se utilizar de tal fonte quando da sua produção probatória na fase de julgamento.⁷⁸¹

Não há dúvidas, portanto, de que se restringir o acesso da defesa à prova e informações já coletadas pelo Estado revela-se como uma forma de limitação indevida, ainda que não expressa, do direito do acusado de se defender provando.

⁷⁷⁷ **Dennis v. United States**, 384 US 855 (1966). Note-se que a CEDH igualmente já estabeleceu, reiteradas vezes, a necessidade de acesso do acusado aos documentos relativos ao caso de posse das autoridades responsáveis pela persecução penal, sob pena de violação do disposto no art. 6º(1) e (3). Neste sentido, ver **Míaille v. France** (bo. 2), 18978/91, 26/09/1996, e **Moiseyev v. Russia**, 62936/00, 09/10/2008. Em nosso sistema, a Súmula Vinculante n. 14, do Supremo Tribunal Federal estabelece que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁷⁷⁸ LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**, v. 5, p. 421.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 422.

⁷⁸⁰ N.C. Gen. Stat. Ann. §. 15A -903 (a)(1).

⁷⁸¹ Neste sentido, ver William J. Brennan, “The Criminal Prosecution, Sporting Event or the Quest for the Truth?”. **Washington University Law Quarterly**, p. 279 e ss.

3.6.2 A relevância como critério para admissão da prova defensiva no sistema norte-americano

O ideal seria que todas as provas que as partes pretendessem produzir fossem admitidas pelo magistrado, e que tal postura não gerasse qualquer prejuízo para o bom andamento processual ou para os demais interesses tutelados pela atividade jurisdicional. Mas, infelizmente, essa não é a realidade. A produção indiscriminada de prova, seja pela acusação, seja pela defesa, pode gerar prejuízos que suplantem eventualmente benefícios práticos que seriam verificados com a busca da verdade, fazendo com que se tenha que estabelecer critérios para o seu indeferimento, ou ao menos para o controle racional da introdução dos elementos probatórios no processo.

No sistema norte-americano, Deborah Merrit e Ric Simmons, a respeito das limitações contidas nas *Federal Rules of Evidence*, afirmam que deixar o controle de introdução da prova completamente sob a égide dos litigantes seria um erro, apontando como eventuais prejuízos de tal prática: (i) o prolongamento por tempo indefinido do trâmite processual; (ii) a possibilidade de determinadas provas afetarem de forma incorreta o convencimento do julgador;⁷⁸² e, (iii) o risco de se atingir interesses sociais relevantes com tal produção.⁷⁸³

Fato é que, em qualquer ordenamento jurídico, as regras limitativas à admissão da prova defensiva – objeto do presente trabalho – buscarão sempre estabelecer um balanceamento entre o interesse da defesa de apresentar prova em favor do acusado, o interesse público no estabelecimento preciso da certeza da culpa, e o interesse das cortes em

⁷⁸² Tal questão configura problema grave nos processos julgados por jurados leigos, sendo certo que muitas vezes nem mesmo as *instructions* que devem ser feitas pelo magistrado resolvem o problema do limite de cognição daqueles julgadores, podendo, inclusive, aumentá-lo. Neste sentido, ver LIEBERMAN, Joel D.; ARNDT, Jamie. “Understanding the Limits of Limiting Instructions: Social Psychological Explanations for the Failure of Instructions Disregard Pretrial Publicity and Other Inadmissible Evidence”. **Psychology, Public Policy, and Law**, n. 6, p. 677-711, 2000; WISSLER, Roselle L.; SAKS, Michael J. “On the inefficacy of limiting instructions: when jurors use prior conviction evidence to decide on guilt”. **Law and Human Behavior**, n. 9, p. 37-48, 1985.

⁷⁸³ “However, it would be a mistake to give litigants complete control over introducing trial evidence. Wealth litigants could prolong trials indefinitely with testimony. Some evidence would also risk misleading juries. Lay jurors may attach too much weight to expert testimony, to lurid crime scene photos, or to evidence of a criminal defendant’s prior convictions for similar crimes. Finally, some types of evidence may compromise important social policies, such as desire to protect confidential communications between spouses. For all of these reasons, rules restrict the types of evidence that party can introduce in court. The Federal Rules of Evidence try to balance the competing policies identified above” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 21). No mesmo sentido: “Certain social paramounts to the accurate determination of the facts in a law suit and require suppression of relevant and otherwise trustworthy evidence. Obvious examples of such value are those associated with privileges, presumptions, subsequent remedial actions and compromise negotiations” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 122).

uma resolução rápida e menos custosa do procedimento criminal.⁷⁸⁴

Assim, o magistrado, em juízo de ponderação acerca de tais interesses envolvidos, poderá, ao menos em tese, indeferir a prova requerida pelo acusado por completo, ou mesmo determinar sua introdução apenas parcial no processo⁷⁸⁵ (v.g., admitindo que apenas partes relevantes do documento sejam apresentadas, ou que determinada testemunhe se pronuncie somente acerca de questões específicas sobre o fato questionado, abstendo-se de se manifestar acerca de outras etc.).⁷⁸⁶

O primeiro requisito limitador albergado nas *Federal Rules of Evidence*, especificamente nas *Rules* 401 e 402, que visa estabelecer certo equilíbrio entre os interesses supramencionados, é a exigência da relevância da prova que se pretende produzir.⁷⁸⁷

Ressalte-se, todavia, de antemão, que, embora o requisito da relevância se refira a um padrão geral de admissibilidade probatória, sua análise judicial será sempre realizada com base na análise dos elementos do caso concreto, e sob a perspectiva do interesse probatório da parte, como inclusive já atestou a Suprema Corte americana, no caso *Sprint/United Mgmt. Co v. Mendelsohn*, ao afastar uma *per se rule*, estabelecida pela corte inferior, de que determinado tipo de prova seria sempre irrelevante. A Corte maior estadunidense, no referido caso, atestou que questões acerca da relevância da prova, decididas com base nas referidas normas, “deverão ser determinadas no contexto dos fatos e argumentos do caso particular”.⁷⁸⁸

Feito o alerta, certo é que, enquanto a *Rule* 402 estabelece a regra geral de que “a prova irrelevante não é admissível”,⁷⁸⁹ a 401⁷⁹⁰ prescreve o chamado “teste de relevância”,

⁷⁸⁴ Como bem ressalta Peter Westen, tais regras “represent attempts to strike a balance between essentially the same conflicting forces: the defendant’s interest in presenting evidence in his favor, the witness’ interest in avoiding the burdens of testifying, the public’s interest in the accurate determination of guilt or innocence, the trial court’s interest in resolving matters of proof with finality, the appellate’s court’s interest in ensuring that the law is correctly and uniformly applied, and the judiciary’s interest in the speedy and inexpensive resolution of criminal proceedings” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 305-6).

⁷⁸⁵ Conforme se pode verificar na *Rule* 105 das FRE.

⁷⁸⁶ MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 48.

⁷⁸⁷ Note-se que *relevance of evidence*, que será analisada nos próximos pontos, e *sufficiency of evidence* são termos diversos. Como bem ressaltam Weissenberger e Duane, embora assumindo uma confusão que as cortes fazem acerca do tema: “*Relevance, weight, sufficiency should be distinguished. Relevance, a standard to be administered by the trial judge, is the threshold qualification for evidence. Sufficiency, by comparison, is a term that refers to the totality of the evidence that must be admitted in order to advance an issue to the jury. Relevance deals primarily with the admissibility or inadmissibility. Sufficiency deals primarily with whether a party has submitted sufficient evidence to warrant the jury consideration of the matter. The weight of evidence is the believability of the evidence as evaluated by the jury*” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 120).

⁷⁸⁸ Livre tradução do trecho: “[...] are determined in the context of the facts and arguments in a particular case” (**Sprint/United Mgmt. Co. v. Mendelsohn**, 552 US 379 [2008], p. 387).

⁷⁸⁹ Tradução livre de: “*irrelevant evidence is not admissible*”. Trata-se de dispositivo similar àquilo prescrito em nosso ordenamento jurídico no art. 400, § 1 do CPP.

⁷⁹⁰ *Rule* 401. *Test for Relevant Evidence Evidence is relevant if:*

assentando que a prova requerida deverá ser admitida sempre (i) que apresentar a tendência a tornar um fato mais ou menos provável do que seria sem a sua existência, e (ii) que o fato que pretende comprovar seja importante ao julgamento da ação (penal).^{791,792}

Tratam-se de dispositivos que apenas sedimentaram legislativamente questões que já vinham sendo aplicadas pela experiência jurisprudencial norte-americana.⁷⁹³ Isso porque apenas traduzem requisitos lógicos de relevância que deverão ser verificados pelo magistrado, na maioria das vezes, por meio de seus próprios conhecimentos e experiência,⁷⁹⁴ circunstância essa que, inclusive, acaba causando certa divergência quando de sua aplicação no caso concreto.⁷⁹⁵

Urge-se, assim, a análise mais aprofundada de tais requisitos previstos na *Rule* 401. O primeiro, traduzido na necessidade de que a prova pretendida torne mais ou menos provável determinado fato, já demonstra grande grau de indeterminação. Há grande dificuldade de se precisar, no caso concreto, o quanto mais provável deveria se tornar determinado fato para que se admita a prova requerida, fazendo com que a delimitação dos chamados *standards of relevance* muitas vezes (ou sempre) se torne um trabalho quase hercúleo.

Exige-se, então, uma mera tendência de que o elemento probatório a ser produzido altere a constatação acerca de determinada circunstância importante à tese apresentada pela parte, apontando-se como regra, portanto, a admissão da prova, ainda que esta venha a

(a) *it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and*

(b) *the fact is of consequence in determining the action.*

⁷⁹¹ Livre tradução da *Rule* 401, ver nota supra.

⁷⁹² Acerca da *Rule* 401 (b), Merrit e Simmons afirmam que o fato que se pretende comprovar ter que ser relevante para o responsável por decidir o caso. (MERRITT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric, **Learning Evidence**: from the federal rules to the courtroom, p. 5).

⁷⁹³ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence**: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence, p. 233. Como bem ressaltado por Thayer, no final do século XIX: “*There is a principle – not so much a rule of evidence as a presupposition involved in the very conception of a rational system of evidence, as contrasted with the old formal and mechanical systems – which forbids receiving anything irrelevant, not logically probative*” (THAYER, James B. **Preliminary Treatise on Evidence At the Common Law**, p. 264-6).

⁷⁹⁴ Neste sentido, McCormick afirma que: “[H]ow can a judge know whether the evidence could reasonably affect an assessment of the probability of the fact to be inferred? In some instances, scientific research may show that the fact in issue is more likely to be true (or false) when such evidence is present than when it is not. Ordinarily, however, the answer must lie in the judge's own experience, his general knowledge, and his understanding of human conduct and motivation” (MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 278-9, § 185).

⁷⁹⁵ Como bem alerta McCormick, muitas vezes a resposta não está numa “*statistical table*” (Ibid., p. 278-9, § 185). Neste mesmo sentido, Weissenberger e Duane afirmam que: “*Determining whether a particular item is relevant is ordinarily not a question of law. Rather, the process of determining relevance is based on experience, logic, and common sense. Consequently, many cases applying the concept of relevance fall into no set pattern, and the trial lawyer can only rarely rely upon specific precedent to establish the relevance of a particular item of evidence. While certain cases tend to fall into recurring patterns from which some guidance can be gleaned, cases dealing with relevance more frequently involve reasoning of the court in a specific instance that is of little precedential value because of its intimate relationship with the unique facts of the case*” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger's Federal Evidence**, p. 114).

influenciar o convencimento do julgador em grau mínimo.⁷⁹⁶

Assim, para que a prova defensiva seja considerada relevante, não necessita ser suficiente, por si só, para fundamentar um veredicto absolutório, uma vez que, como bem alertado por Charles McCormick, “[a] brick is not a wall”,⁷⁹⁷ exigindo-se apenas que o elemento probatório, uma vez produzido, altere minimamente a probabilidade da existência daquele determinado fato. Será o conjunto dos elementos de prova produzidos no julgamento que deverá ser apto a atestar a tese defensiva,⁷⁹⁸ e não cada prova individualizadamente analisada.

Todavia, para a análise da relevância probatória, a Rule 401 exige também um segundo requisito, não bastando, assim, que a prova pretendida auxilie na comprovação de todo e qualquer fato, mas sim apenas naquele que guarda relação com as questões fático-jurídicas envolvidas na demanda, ou seja, deve-se verificar se aquilo que se pretende comprovar apresenta alguma correlação com o *thema probandum* no processo penal norte-americano, ponto este que será analisado a seguir.

3.6.2.1 A exigência da *Rule of Evidence 401 (b)* e a extensão do interesse probatório do acusado como critério para aferição da relevância da prova defensiva

Como visto, para se determinar a relevância da prova requerida pela defesa no sistema norte-americano, na forma da *Federal Rule of Evidence 401*, além de se verificar a possibilidade de o elemento probatório a ser produzido tornar mais ou menos provável o fato que se pretende atestar, este deverá guardar relação com o *thema probandum* e, conseqüentemente, com as teses apresentadas pelo acusado, que a ele devem se referir. Torna-se crucial, portanto, analisar como a doutrina e a jurisprudência norte-americana vêm tratando o objeto de prova naquele país.

No julgamento *In re Winship*,⁷⁹⁹ a Suprema Corte norte-americana decidiu que o devido processo legal exige que o Estado, em casos criminais, prove “qualquer elemento do

⁷⁹⁶ Neste sentido, Merritt e Simmons afirmam que: “The words ‘any tendency’ underscope this lenient standard. By stating that relevant evidence is evidence that has ‘any tendency’ to make a fact ‘more or less probable’, Rule 401 embraces evidence that could shift a fact finder’s view of the facts even the smallest degree” (MERRITT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 57).

⁷⁹⁷ MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 278, § 185.

⁷⁹⁸ WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. Duane. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 115.

⁷⁹⁹ **In re Winship**, 397 US 358 (1970)

crime além da dúvida razoável”.⁸⁰⁰ Em seu voto, o *justice* Brennan assentou que tal *standard* probatório seria exigido na comprovação de “todo fato necessário para constituir o crime pelo qual o réu foi acusado”.⁸⁰¹ Mas no que consistiria “todo elemento do crime”, ou “todo fato necessário para a constituição do crime”, exigidos pela jurisprudência norte-americana?

Não há dúvida de que todos os fatos narrados na exordial, traduzidos na conduta,⁸⁰² resultado e nexos causal, deverão ser comprovados pelo acusador além de qualquer dúvida razoável, sendo estes aquilo que a doutrina daquele país costuma normalmente chamar de *actus reus*.⁸⁰³ Neste diapasão, por exemplo, a voluntariedade da ação ou inação imputada pela acusação, revela-se como “um dos fatos necessários para a constituição do crime”, podendo a defesa, assim, produzir prova acerca de eventual elementos que a exclua,⁸⁰⁴ como uma embriaguez forçada, coação física irresistível etc. Será também considerada relevante, neste mesmo sentido, a prova requerida pela defesa que visar comprovar a absoluta ausência de correlação entre a conduta imputada ao acusado e o resultado danoso narrado na inicial.

E mais: tanto a prova direta (*direct evidence* – que comprova determinado fato sem a

⁸⁰⁰ Tradução livre do trecho “*every element of the crime beyond a reasonable doubt*” (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, p. 1115). Tal *standard* probatório exige que a quantidade de prova necessária para que seja julgado procedente o pedido da inicial do autor da ação penal seja maior do que aquela exigida no litúgio cível. Neste sentido, o voto do *justice* Harlan em *Winship*: “*If standard of proof for a criminal trial were a preponderance of the evidence rather than proof beyond a reasonable doubt, there would be a smaller risk of factual errors that result in freeing guilty persons, but a far greater risk of factual errors that result in convicting the innocent. Because the standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standards to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational word, reflect an assessment of the comparative social disutility of each*” (**In re Winship**, 397 US 358 [1970]). Obviamente que a discussão acerca da análise de tal *standard* no sistema norte-americano suplantaria, e muito, o objetivo do presente trabalho.

⁸⁰¹ Tradução livre do trecho: “*every fact necessary to constitute the crime with which he is charged*” (**In re Winship**, 397 US 358 [1970])

⁸⁰² Note-se que o ordenamento jurídico dos EUA igualmente exige que, para a punição de determinada ação ou inação, haja como pressuposto a sua voluntariedade, como se pode notar no *Model Penal Code*, § 2.01 (1). Sobre a questão do que poderia ser considerada conduta voluntária no sistema norte-americano, ver MOORE, Michael. “Responsibility and the Unconscious”. **Southern California Law Review**, n. 53, p. 1567-8, 1980.

⁸⁰³ “[*A*]ctus reus is to be interpreted as the comprehensive notion of act, harm, and its connecting link, causation, with actus expressing the voluntary physical movement in the sense of conduct and reus expressing the fact that this conduct results in a certain proscribed harm, i.e., that it ‘causes’ an injury to the legal interest protected in that crime” (ESER, Albin. “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminality Protected Legal Interests”. **Duquesne University Law Review**, n. 4, p. 386, 1965). Sendo certo que há uma parte minoritária da doutrina que não vê incluídos no *actus reus* a conduta e o resultado, mas o acima demonstrado é a corrente amplamente majoritária, como assentam Joshua Dressler e Stephen P. Garvey no livro *Cases and Materials on Criminal Law* (6th ed. St. Paul: West, 2012, p. 127).

⁸⁰⁴ Neste sentido, a Corte de Apelação de Washington, atestou que: “*No ‘act’ committed while one is unconscious is in reality no act at all. It is merely a physical event or occurrence for which there can be no criminal liability. [...] The issue whether or not the appellant was in an unconscious or automatic state at the time he allegedly committed the criminal acts charged is a question of fact. Appellant’s theory of the case should have been presented to the jury if there was substantial evidence in the record to support it*” (**State v. Utter**, 4 Wash.App. 137).

necessidade de utilização de inferência ou presunção)⁸⁰⁵ quanto a prova indireta (*circumstantial evidence* – aquela que auxilia o julgador a inferir se circunstância diversa daquela efetivamente provada ocorreu ou não)⁸⁰⁶ de tais elementos que compõem o *actus reus* possuem o mesmo valor, sendo certo que, em alguns sistemas estaduais, o júri é, inclusive, proibido de ser avisado acerca da diferença técnica entre os dois tipos de prova.⁸⁰⁷

Mas, e o *mens rea* do ato praticado, ou seja, a intenção do agente no momento da prática do crime?⁸⁰⁸

Embora haja discussões acerca de eventuais distinções entre uma visão ampla (ligada à ideia de culpabilidade)⁸⁰⁹ ou restrita do conceito de *mens rea*, esta última, mais utilizada modernamente,⁸¹⁰ aproxima-se do instituto tratado por nossa doutrina como elemento subjetivo do tipo penal (culpa ou dolo). Evidente, portanto, que a intenção do agente quando da prática da ação imputada pela acusação igualmente constitui parâmetro fundamental para a definição do crime na legislação norte-americana,⁸¹¹ configurando, por razões óbvias, objeto de prova defensiva naquele ordenamento⁸¹².

⁸⁰⁵ “Direct evidence does not rely upon an inference; it usually involves an eyewitness account of the ultimate, consequential facts sought to be proven” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 117).

⁸⁰⁶ Idem. “Circumstantial evidence consists of proof of facts from which other connected facts are established”. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 117.

⁸⁰⁷ “Courts have generally recognized that circumstantial evidence has equal weight with direct evidence. In fact, some states refuse to permit the jury to be instructed in the differences between direct and circumstantial evidence” (BERGMAN, Barbara; HOLLANDER, Nancy. **Wharton’s Criminal Evidence**, p. 14-5). E tal aviso se mostra relevante até porque, como se sabe, determinados elementos do crime apenas podem ser provados através da prova indireta, como, por exemplo, a intenção do agente, ou *mens rea*, que será visto a seguir. (Ibid., p. 15).

⁸⁰⁸ A dificuldade de se estabelecer o conceito de ‘*mens rea*’ foi alertada por Oliver Wendell Holmes em 1916, e, segundo Dressler e Garvey “stems from the fact that the term has both a broad and a narrow meaning. The modern trend is to use the term in its narrow context, but both retain significance” (DRESSLER, Joshua; GARVEY, Stephen P. **Cases and Materials on Criminal Law**, p. 150).

⁸⁰⁹ “Broadly speaking, ‘*mens rea*’ means ‘guilty mind’, ‘vicious will’, ‘immorality of motive’, or, simply, ‘morally culpable state of mind’. This is the ‘culpability’ meaning of ‘*mens rea*’” (Ibid., p. 150). Como bem apontado pelos autores, tal visão acena para o conceito de ‘*mens rea*’ mais próximo da nossa noção geral de culpabilidade, e não da noção estrita de elemento subjetivo do tipo.

⁸¹⁰ Ibid., p. 150.

⁸¹¹ “More narrowly, ‘*mens rea*’ refers to the mental state that the defendant must have with regard to the ‘social harm’ elements set out in the definition of the offense. This is the ‘elemental’ meaning of *mens rea*. Using this meaning, a defendant is not guilty of an offense, even if she has a culpable frame of mind, if she lacks the mental state specified in the definition of the crime” (Ibid., p. 150).

⁸¹² No julgamento **Cheek v. United States**, a Suprema Corte estabeleceu que quando o aspecto subjetivo do acusado for um dos elementos do crime “forbidding the jury to consider evidence that may negate willfulness would raise a serious question under the Sixth Amendment[...].” (**Cheek v. United States**, 498 US 192, 203-204 [1991]). Seguindo tal posicionamento, em *Hughes v. Matthews* o acusado pretendia comprovar, através da oitiva de um psiquiatra, que à época do crime estava sofrendo com distúrbios mentais que o impediriam de formar o elemento subjetivo da intenção de matar. A Corte de Apelação do 7º Circuito, então, afastou a decisão de primeira instância que havia julgado a prova irrelevante com base em regra do estado de Wisconsin que autorizava a oitiva de *expert* apenas para atestar a completa insanidade. A revisão da decisão impugnada se deu com fundamento nas Sexta e Décima Quarta Emendas. (**Hughes v. Matthews**, 576 F.2d 1250 [7th Cir. 1978]). É fato, todavia, que o posicionamento atual das cortes norte-americanas especificamente sobre essa última questão

Esse raciocínio ficou ainda mais claro depois do posicionamento dos tribunais dos EUA, acompanhados pela decisão da Suprema Corte em *Patterson v. NY*,⁸¹³ acerca da constitucionalidade de determinados regramentos, previstos em estatutos estaduais, que estabelecem a possibilidade de repartição do ônus probatório com a defesa quanto à comprovação de circunstâncias que possam eventualmente se relacionar com o elemento volitivo do agente do delito.

No referido julgamento, a Suprema Corte, em análise de um estatuto novaiorquino que atribuía ao réu o encargo de comprovar a existência de um distúrbio emocional extremo (algo similar à nossa violenta emoção), para que fosse desclassificada a imputação de *second degree murder* (homicídio intencional, porém sem premeditação) para *manslaughter* (homicídio culposo), assentou que não há qualquer imperativo constitucional para que se exija da acusação estatal a comprovação, além de toda dúvida razoável, da inexistência de toda e qualquer “defesa afirmativa” (*affirmative defense*) relativa à culpa do acusado.

Com tal decisão, basicamente conferiu-se certa liberdade para que os estados federados prevejam, através de seus estatutos, o conceito de “defesa afirmativa”, cujo ônus de comprovação poderá ser atribuído, no caso concreto, ao defendente.⁸¹⁴ Consequentemente, ainda que de forma indireta, afastou-se a ideia de que qualquer circunstância relevante à demanda deva ser objeto de comprovação cabal pela acusação, o que gerou ainda mais importância às provas requeridas pela defesa que visem a comprovar suas teses.

Ainda sobre o caso *Patterson*, embora tenha a Corte Constitucional norte-americana, através do voto do *justice* Byron White, assentado que há limites para a alteração circunstancial do ônus probatório, uma vez que, ao menos em tese, o estado membro nunca poderá transformar em defesa afirmativa aquilo que constitui o próprio elemento do delito, sob pena de se violar o princípio da presunção da inocência, restaram dúvidas se a intenção da prática do crime efetivamente constituiria ou não um “fato necessário para constituir o crime”.⁸¹⁵

revela-se no sentido da inadmissão do testemunho do *expert*, mas não em razão de sua irrelevância, e sim ante a suposta inconfiabilidade de suas declarações para atestar o *mens rea*. (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 300).

⁸¹³ **Patterson v. NY**, 432 US 187 (1977).

⁸¹⁴ Neste mesmo diapasão, em **Martin v. Ohio**, 480 US 228 (1987), a Corte americana igualmente julgou legítimo um estatuto de Ohio que atribuía ao acusado o ônus da comprovação de uma eventual alegação de legítima defesa.

⁸¹⁵ Deixando claro tal dúvida, Saltzburg e Capra afirmam que: “*After Patterson, can the state define murder as causing a death, and shift the burden of persuasion to the defendant to prove lack of intent? If not, why not?*” (SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, p. 1123).

De toda forma, mesmo que não constitua, em todas as hipóteses, elemento do crime, a intenção do agente, enquanto parte importante dos temas que envolvem as teses apresentadas pela defesa, sempre comporá o *thema probandum* naquele sistema, evidenciando-se, assim, a relevância da prova com ela relacionada.⁸¹⁶

Em estudo extremamente profícuo – e inovador, à época⁸¹⁷ – acerca das possíveis teses que podem ser apresentadas pela defesa no sistema norte-americano com vistas a exculpar o acusado, ou mesmo mitigar sua punição, nas quais o direito probatório defensivo deverá incidir, Paul Robinson⁸¹⁸ dividiu-as, segundo sua temática, em cinco espécies, quais sejam: (i) deficiência probatória da tese acusatória (*failure of proof*)⁸¹⁹; (ii) ausência de

⁸¹⁶ Um exemplo nos EUA acerca do fato de que a intenção do agente efetivamente compõe o objeto de prova foi o julgamento da Corte de Apelação de Illinois, em caso que envolvia a imputação da prática de *aggravated battery* (similar ao nosso crime de lesão corporal grave), prevista no *Illinois Criminal Code* de 1961. O referido órgão jurisdicional assentou, naquele julgamento, que: a “*Section 12-4(a) defines aggravated battery as the commission of a battery where the offender intentionally or knowingly causes great bodily harm, or permanent disability or disfigurement. Because the offense is defined in terms of result, the State has the burden of proving beyond a reasonable doubt that the defendant either had a ‘conscious objective’ to achieve the harm defined, or that the defendant was ‘consciously aware’ that the harm defined was ‘practically certain to be caused by his conduct’*” (**People v. Conley**, 187 Ill.Appl.3d 234 [1989]).

⁸¹⁷ Exatamente em razão do fato de que o sistema norte-americano se baseia em precedentes, o estudo da forma de atuação do defensor sempre se deu através da verificação casuística da alegação defensiva, sem que fosse analisada a atividade defensiva de forma sistemática, nem tampouco classificada suas formas e espécies (ROBINSON, Paul H. “Criminal law defenses: a systematic analysis”. **Columbia Law Review**, n. 82, p. 199-291, 1982. Neste sentido, Joshua Dressler afirma que: “*Today, a successful claim of excuse has the same direct effect as a justification: acquittal of the defendant. Probably because of this, the interest of nineteenth and twentieth century-lawyers and most legal scholars in the inherent differences between two classes of exculpatory claims waned. Indeed, until recently, the absence of interest in the subject was nearly complete. American casebooks ignored the distinctions; the topic received scant attention in American law journals; and treatise authors ignored the differences or, perhaps worse, suggested that the differences were of no concern to lawyers. In light of this, it is not surprising that courts often use the words ‘justification’ and ‘excuse’ interchangeably. In recent years, the academic landscape has changed [...]*”. E o mesmo autor dá como uma das justificativas válidas para se buscar estabelecer a diferenciação entre as hipóteses de defesa, o tratamento diferenciado que cada uma vem ganhando quanto à distribuição do ônus probatório. Veja-se em suas próprias palavras: “*A plausible argument can be made for the rule that legislatures ought to require the government to carry the burden of persuasion regarding justification defenses, but that the defendant should shoulder the burden with excuses. The thesis is that the prosecutor is allocated the burden of proof regarding elements of crime because no one should be punished if a reasonable doubt exists that she has committed an unlawful act. Justified conduct is lawful conduct*”. O autor também aponta como outra justificativa a possibilidade de diferenças na punição do agente com base no que por aqui se intitula como teoria da acessoriedade limitada (DRESSLER, Joshua. “Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature”. **Wayne Law Review**, n. 33, p. 1155-76, 1987).

⁸¹⁸ ROBINSON, Paul H. “Criminal law defenses: a systematic analysis”. **Columbia Law Review**, p. 199-291.

⁸¹⁹ Quanto a este ponto, a defesa pode, inclusive, produzir prova para desqualificar a testemunha de acusação. Entre as questões que podem ser relevantes para se demonstrar eventual falta de credibilidade de uma testemunha, encontram-se: (i) se já foi condenada; (ii) se está em livramento condicional; (iii) se foi denunciada por crime similar; (iv) se lhe foi prometido um acordo pela promotoria; (v) se apresenta indevidas propensões racistas ou preconceituosas, etc. Alertam Imwinkelried e Garland, todavia, que se deve agir com um pouco de cautela neste ponto porque “*if the trier devotes too much attention to the issue of the witnesses’ credibility, the trier may lose sight of the central historical issues in the case. For that reason, the common law and the Federal Rules of Evidence impose numerous limitations on the admission of evidence logically relevant only to a witness’s credibility*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 340). Em **Davis v. Alaska**, a Suprema Corte indicou que o acusado tem o direito de “*expose to the jury the facts from which jurors, as the sole triers of fact*

violação ao bem jurídico tutelado (*offense modification defenses*); (iii) justificantes (*justifications*); (iv) exculpantes (*excuses*); (v) políticas públicas não exculpatórias (*nonexculpatory public policy defenses*).

A primeira hipótese, decorrente do princípio da presunção da inocência, relaciona-se à falha do Estado em comprovar a existência de todos os elementos relativos à ofensa imputada, referindo-se, portanto, à regra do ônus probatório em Processo Penal. Em exemplo trazido pelo autor, deverá a acusação, por exemplo, atestar, em uma imputação de incesto, que o autor genuinamente sabia que tinha relações de parentesco com a suposta vítima, podendo tal questão ser objeto de prova contrária pela defesa, com vistas a enfraquecer a tese acusatória.

Em análise jurisprudencial realizada sobre o ponto, mostra-se relevante trazer determinado caso concreto em que, imputada ao réu a prática de crime sexual contra a vítima A, a defesa requereu a oitiva da vítima B, que, inicialmente, em outro processo, também o havia identificado como agente de crime sexual contra ela praticado, mas cuja prova final teria apontado para sua inocência, visto que, à época do suposto crime perpetrado com a segunda vítima, o acusado já se encontrava encarcerado.

O objetivo da defesa era claramente criar dúvida com relação à prática de crime sexual contra a vítima inicial, sob o argumento de que havia na região um criminoso com as mesmas características físicas que ele. Embora o juiz de primeira instância tenha indeferido tal pedido por suposta irrelevância, a Corte de Apelação, citando os casos *Washington v. Texas*⁸²⁰ e *Chambers v. Mississippi*,⁸²¹ tratou a questão como um verdadeiro erro constitucional, uma vez que “em casos como esse, no qual a identidade do agressor é essencialmente a única questão controversa posta a julgamento, a prova de que uma terceira pessoa, com suas mesmas características, possa ter praticado o crime imputado ao defendente é extremamente relevante”.⁸²²

Quanto à segunda forma de defesa apontada por Robinson, embora o agente possa ter, em tese, praticado todos os elementos do delito, sua conduta eventualmente não atingirá o

and credibility, could appropriately draw inferences relating to the reliability of the witness” (**Davis v. Alaska**, 415 US 308, 318 [1974]). Além disso, no julgamento *United States v. Lindstrom*, em que se buscava produzir prova acerca da prévia tentativa de suicídio da testemunha, a Corte de Apelação do 11º Circuito afirmou que “[c]ertain forms of mental disorder have high probative value on the issue of credibility” (**United States v. Lindstrom**, 698 F.2d 1154 [11th Cir. 1983]).

⁸²⁰ **Washington v. Texas**, 388 US 14 (1967).

⁸²¹ **Chambers v. Mississippi**, 410 US 284 (1973).

⁸²² Livre tradução do trecho: “*in a case such as this, where the identity of the assailant is essentially the sole issue at trial, evidence that a third party ‘look-alike’ may have committed the crime with which the defendant is charged is highly relevant*” (**State v. Echols**, 203 Conn. 395 [1987]).

bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora,⁸²³ autorizando-se, assim, que tal circunstância negativa seja objeto da prova requerida pela defesa. Evidente, portanto, que haverá sempre relevância na prova defensiva que vise atestar a inexistência de qualquer dano a terceiros.

Já na espécie de defesa por aquele autor referenciada como *justifications*, embora tenha o Estado até mesmo comprovado o efetivo prejuízo ao bem jurídico tutelado, a aplicação de eventual pena seria consequência inaceitável, na medida em que a conduta do defendente teria buscado evitar um mal ainda maior, ou mesmo promover relevante interesse social. Segundo Joshua Dressler, “uma justificação, em outras palavras, nega o prejuízo social à ofensa”.⁸²⁴ Trata-se, basicamente, daquilo que nossa doutrina aponta como causas excludentes da ilicitude, cuja incidência pode igualmente ser comprovada pelo acusado, no caso concreto, através do exercício do seu direito à prova.

Dessa forma, em caso envolvendo a possível existência de legítima defesa, a Corte de Apelação do 9º Circuito⁸²⁵ assentou a ilegalidade da exclusão de prova requerida pela acusada, consubstanciada na juntada do diário do marido assassinado, que comprovaria que se trataria de um homem violento. Segundo a tese defensiva, após ter lido o referido documento, a esposa, crendo que seria assassinada por seu cônjuge em poucas horas, o matou antes. O órgão revisor, portanto, apontando para a violação ao *due process right to defend against murder charge*, determinou a produção probatória defensiva, uma vez que elementos de convicção acerca do aspecto subjetivo que levou a agente a agir em legítima defesa seriam sobremaneira relevantes à sua defesa.⁸²⁶

Quanto às *excuses*, estas se relacionariam com hipóteses de inimputabilidade, para as quais a conduta do autor não seria reprovável em razão de sua falsa compreensão da realidade. Assim, novamente segundo Dressler, “enquanto a causa de justificação nega a existência de um prejuízo social advindo da conduta imputada, uma escusa nega a

⁸²³ Nas palavras do autor: “[...] while the actor has apparently satisfied all elements of the offense charged, he has not in fact caused the harm or evil sought to be prevented by the statute defining the offense” (ROBINSON, Paul H. “Criminal law defenses: a systematic analysis”. **Columbia Law Review**, p. 199-291). Trata-se daquilo que nossa doutrina aponta por aqui como causa de atipicidade material da conduta.

⁸²⁴ DRESSLER, Joshua. “Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature”, **Wayne Law Review**, p. 1155-76.

⁸²⁵ **DePetris v. Kuykendall**, 239 F.3d 1057 (9th Cir. 2001). Neste mesmo sentido, ainda sobre a possibilidade de produção de prova para comprovar a existência de elementos anímicos referentes à legítima defesa (**People v. Wright**, 2 Cal. Rptr. 3d 903 [2003], p. 918-9).

⁸²⁶ Narrando a decisão da Corte de Apelação do 9º Circuito, Imwinkelried e Garland afirmaram que “*the state-of-mind evidence had overriding significance to the defense, given its subjective nature, and the journal corroborated her testimony in manner that was not achieved by less compelling testimony of defendant’s friends and family regarding the husband’s violence; [...]*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 248, nota 63).

culpabilidade moral do autor pelo dano causado”.⁸²⁷

Em diversos casos julgados por Cortes de Apelação americanas, o acusado conseguiu convencer o Juízo revisional de que provas requeridas pela defesa que versavam sobre a capacidade mental do acusado deveriam ser admitidas pela *trial court* em razão do direito constitucional de produção de prova defensiva.

Em caso julgado pela Corte de Apelação do 11º Circuito, por exemplo, no qual se questionava a necessidade da oitiva do psiquiatra que acompanhava o réu em momentos passados, assentou-se que tal prova não seria apenas relevante, mas sim, crucial para o acusado, ainda que laudo de outro perito tivesse atestado a sua sanidade, e que, por isso, seu indeferimento violaria diretamente o direito constitucional do acusado de apresentar provas em seu favor.⁸²⁸ No mesmo sentido, em hipótese na qual a defesa havia requerido a juntada de comprovação de internações anteriores do acusado, que restou indeferida pelo juízo de primeira instância em razão de sua antiguidade, a corte do 10º Circuito autorizou a produção da prova.⁸²⁹

Também a Corte de Apelação do 3º Circuito, em *United States v. Pohlott*,⁸³⁰ analisando a Section 17(a) do *Insanity Defense Reform Act*, de 1984, e citando os casos *Washington v. Texas*, *Chambers v. Mississippi* e *Crane v. Kentucky*,⁸³¹ afirmou que a interpretação da referida norma nunca poderia impedir a defesa de arrolar a oitiva de um *expert* para afastar a culpabilidade do acusado, em razão do “*defendant’s right to present a defense*”.⁸³²

Por fim, quanto às *nonexculpatory public policy defenses*, última hipótese de modalidade de defesa apontada por Robinson, elas não teriam como objetivo afastar elementos do crime, ou mesmo a ilicitude ou culpabilidade da conduta, mas apenas referir-se-iam a questões relativas a políticas criminais públicas que impediriam a persecução penal (v.g., prescrição, imunidade diplomática etc.), e que, por tal razão, também poderiam ser objeto de prova por parte da defesa.

Analisado, portanto, aquilo que será objeto de prova defensiva no Processo Penal norte-americano, há de se ressaltar que, por previsão expressa da *Rule of Evidence* 401 (b) e, em sua própria dicção, basta que, para ser considerado relevante, o fato do qual se busca

⁸²⁷ Livre tradução do trecho: “*whereas a justification negates the social harm of an offense, an excuse negates the moral blameworthiness of the actor for causing the harm*” (DRESSLER, Joshua. “Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature”. **Wayne Law Review**, p. 1155-76).

⁸²⁸ **Boykins v. Wainwright**, 737 F.2d 1539 (11th Cir. 1984).

⁸²⁹ **United States v. Austin**, 933 F. 2d 833 (10th Cir. 1991).

⁸³⁰ **United States v. Pohlott**, 827 F.2d 889 (3d Cir. 1987).

⁸³¹ **Crane v. Kentucky**, 476 US 683 (1986).

⁸³² **United States v. Pohlott**, 827 F.2d 889 (3d Cir. 1987), p. 900. No mesmo sentido, ver **United States v. Cameron**, 907 F.2d 1051 (11th Cir. 1990).

comprovação seja *of consequence in determining the action*.

A expressão “*of consequence*” exige, então, que o julgador tenha uma visão mais permissiva e menos limitadora acerca daquilo que a prova visa a comprovar. Não necessariamente o fato objeto da prova defensiva há de ser algo que gere uma mudança significativa na disputa, afastando definitivamente a prática do crime pelo acusado⁸³³. Deve, todavia, traduzir a possibilidade de gerar algum benefício processual, ainda que pequeno, à parte que pretende introduzir a prova.

Exemplo clássico acerca do tema foi o julgamento *Hackbart v. Cincinnati Bengals*,⁸³⁴ no qual, durante uma partida, o jogador de futebol americano Charles Clark intencionalmente atingiu o oponente Dale Hackbart após o encerramento da jogada, gerando uma fratura no pescoço da vítima. Durante o julgamento, o réu introduziu vídeo, com a aceitação do magistrado, que demonstrava ter a vítima realizado jogadas similares em jogos anteriores, tentando corroborar sua tese defensiva de que jogadores de futebol americano, de forma voluntária, aceitam o risco de agressões intencionais em campo.

Todavia, impugnada a prova pela acusação, a Corte de Apelação afastou a possibilidade de sua utilização, sob o fundamento de que a prova em nada beneficiaria a defesa do acusado na medida em que a tese defensiva a qual tal elemento probatório visava sustentar não seria aplicável *in casu*. Isso porque, segundo a Corte revisional, não há assunção de risco, por parte dos jogadores, de contatos que violem as regras do jogo.⁸³⁵

Verifica-se, assim, que, em respeito ao disposto na *Rule 401 (b)*, a prova que a defesa pretende produzir, para se mostrar relevante e, assim, admissível no julgamento, deverá sempre ser minimamente apta a gerar benefício ao acusado, quando em cotejo direto com as

⁸³³ Segundo Merrit e Simmons: “*Rule 401’s framers chose the word ‘of consequence’ to establish a very low threshold for this part of the relevance rule. Before adoption of Rule 401, many appellate opinions required evidence to relate to a ‘material’ fact, and trial judges interpreted this word to mean that the evidence had to make a significant difference in the dispute. Applying that standard, they excluded evidence that Rule 401’s drafters thought should have been admitted. The words ‘of consequence’ encourage judges to more readily find evidence admissible. The evidence must still connect to legal issues involved in the case, but the connection does not need to be as strong as the one connoted by the word ‘material’*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 58).

⁸³⁴ **Hackbart v. Cincinnati Bengals**, 601 F.2d 516 (10th Circ. 1979).

⁸³⁵ Ademais, assentou ainda aquele órgão revisor que, caso a defesa tivesse sustentado que a realização da manobra, pelo réu, teria se dado em razão de medo de que a vítima lhe atingisse – ante o passado agressivo desta –, o vídeo seria relevante, mas como tal hipótese não estava em conexão com as teses apresentadas pela defesa, a prova não poderia ser admitida, verificando-se, novamente, a extrema correlação entre a evidência que se pretende introduzir e as teses apresentadas pelo acusado. (**Hackbart v. Cincinnati Bengals**, 601 F.2d 516 [10th Circ. 1979]). Importante, todavia, é o alerta de Merrit e Simmons acerca da falta de uniformidade nas decisões sobre a relevância da prova: “*Rulings on relevance may vary from case to case; they depend upon the legal principles governing the case, the disputed facts, and the lawyer’s ability to articulate a persuasive connection between the two*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 60).

teses por ele aventadas.⁸³⁶

Conclui-se, portanto, que, ainda que o benefício trazido pela prova requerida pela defesa seja pequeno, isto não a tornará necessariamente irrelevante, exigindo-se sua admissão, a não ser que não seja possível estabelecer qualquer mínima correlação entre o fato que se pretende atestar, as teses defensivas, e o *thema probandum*.⁸³⁷

Ressalte-se, todavia, que, acerca da verificação casuística do citado “benefício probatório” que, por apresentar doses de subjetividade, poderia gerar certo grau de discricionariedade do magistrado, há de se aplicar aquilo já decidido pela Suprema Corte em *Washington v. Texas*,⁸³⁸ qual seja: considerar-se-á arbitrário o indeferimento de prova com base em sua irrelevância caso haja dúvida razoável acerca desta.⁸³⁹

Na dúvida, portanto, defere-se sua produção e admissão no processo.⁸⁴⁰ Aliás, umas das grandes importâncias do referido julgamento foi exatamente estabelecer que sempre que o direito à produção de prova defensiva for um dos polos da balança, esta deverá pesar em favor do acusado.⁸⁴¹

⁸³⁶ Acerca da necessária correlação entre a prova requerida e as teses defensivas apresentadas, Westen afirma que “*a defendant has no constitutional right to produce witnesses whose testimony is wholly irrelevant to this defense. If a witness testimony does not tend to prove the existence of facts asserted by the defense, then he can hardly be deemed a witness in the defendant’s favor within the meaning of the sixth amendment*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 205). *Mutatis mutandis*, a prova requerida pela acusação para contraditar as teses apresentadas pela defesa, devem também guardar relação com estas. Corroborando tal ponto, *Sherrod v. Berry*, 856 F.2d 802 (7th Cir. 1988) tratava de hipótese de legítima defesa putativa em que não se admitiu a juntada da prova, por parte da acusação, de que a vítima estava sem arma, ante a sua irrelevância. O fundamento aventado pela Corte de Apelação do 7º Circuito foi de que o fato de a vítima estar ou não armada não contribuiria para afastar a tese defensiva apontada de que o agente acreditava que ela estava portando arma. A Corte ainda reforçou que a prova apenas se tornaria relevante se, por exemplo, o acusado tivesse arguido que havia visto algo reluzente, ou metálico na mão da vítima.

⁸³⁷ “*Evidence is not subject to exclusion solely because its probative value is extremely low. If evidence has any probative value whatsoever, it is relevant and admissible unless otherwise excludable for an affirmative reason. The practical consequence is that the opponent of the evidence cannot properly argue exclusion on the basis of minimal probative value alone*” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. *Weissenberger’s Federal Evidence*, p. 115). Neste sentido, ver *US v. Washington*, 705 F.2d 489 (D.C. Cir. 1983) e *US v. Clifford*, 704 F.2d 86 (3d Cir. 1983).

⁸³⁸ *Washington v. Texas* 388 US 14 (1967). No referido julgamento, a Suprema Corte adotou tal critério em análise à *competence* de testemunhas, mas aqui se aplica analogicamente para o requisito relevância.

⁸³⁹ Sobre a questão, Westen afirma que: “*Although the issue in Washington was framed in terms of arbitrary standards of competence, the logic of the Court’s opinion should apply with equal force in the area of relevance: The framers of the sixth amendment did not intend to commit the ‘futile act’ of guaranteeing the defendant the presence of witnesses, while leaving it to the courts to prohibit them from testifying by employing arbitrary standards of relevance*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 206).

⁸⁴⁰ Sobre a questão, Westen afirma que “[...] *if the relevance of evidence is something about which reasonable people may differ, instructing the fact-finder to screen the evidence is a less drastic alternative than outright exclusion. In sum, the defendant has a constitutional right to present any evidence that may reasonably be deemed to establish the existence of facts in his favor. The prevailing standard of relevance, which defines relevant evidence as evidence that has any tendency to make the existence of a fact at issue more probable or less probable, would thus appear to satisfy constitutional requirements*” (Ibid., p. 207).

⁸⁴¹ “*The great significance of Washington is not only that it directed federal courts to fashion an independent constitutional standard to govern the presentation of defense witnesses in criminal cases, but also it sets an*

Por fim, ainda sobre a relevância probatória da prova requerida pela defesa, cabe ressaltar que a simples circunstância de ambas as partes eventualmente concordarem acerca da existência de determinado fato não implica se tornar irrelevante a produção de prova que visa comprová-lo.⁸⁴² Isso porque, no sistema norte-americano, a incontrovérsia acerca do fato, assim como ocorre no Processo Penal brasileiro, não o torna provado, tendo o julgador a liberalidade de se convencer, ou não, acerca de sua existência com base nas provas juntadas.

Ante todo o exposto, no direito norte-americano, a prova excluída sempre gerará prejuízo à defesa, enquanto relevante, quando minimamente apta a sustentar alguma tese defensiva, ou até mesmo quando simplesmente se prestar a contraditar a credibilidade da tese trazida pela acusação, bem como dos elementos probatórios que a sustentariam.⁸⁴³

3.6.2.2 A relevância do testemunho de caráter e sua relação com o objeto de prova: a fase de *sentencing* no direito norte-americano

Como visto em ponto anterior, em que se analisou o objeto de prova no Processo Penal, não há dúvidas de que o acusado tem o legítimo interesse de produção probatória para comprovar fatos cujo reconhecimento gerará a aplicação de dispositivo atenuador da pena, ou o afastamento de uma majorante. Todavia, especificamente quanto à questão relativa ao testemunho de caráter, muitas vezes “esquece-se que interessa ao acusado, além da luta pela absolvição, pugnar também por um tratamento mais favorável em relação à sanção punitiva”.⁸⁴⁴

Felizmente a praxe forense norte-americana aponta em sentido diverso, possibilitando-se a produção de prova acerca da personalidade do agente para que circunstâncias que eventualmente lhe sejam favoráveis possam influenciar a aplicação da pena pelo magistrado.

example by striking a balance of procedural force that greatly favored the accused” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 306).

⁸⁴² MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 61-2. Neste mesmo sentido, ver WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 119. Os autores afirmam que “*background evidence, for example evidence of a person’s name, address and profession, is undisputed and usually admitted without questions. Likewise, chats and illustrations are examples of evidence that usually involve undisputed matters that are yet relevant and admissible*”.

⁸⁴³ “*It should be clear that testimony can be material whether offered to support an affirmative defense, to rebut the prosecution’s case, to corroborate the defendant’s testimony, to impeach a witness for the prosecution, or to support the defendant’s good character*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 224).

⁸⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 13.

Ressalte-se, porém que lá, assim como em alguns ordenamentos jurídicos europeus,⁸⁴⁵ o acerto da pena se dará em fase diversa daquela em que se desenvolve o efetivo julgamento de mérito,⁸⁴⁶ chamada de *sentencing*, evitando-se que características do comportamento pretérito do acusado possam ser indevidamente levadas em consideração pelo órgão julgador (*trier of the fact*) quando da verificação da prática do fato criminoso a ele imputado.⁸⁴⁷

Segundo a Suprema Corte, porém, tais circunstâncias referentes à personalidade do agente, que serão atestadas judicialmente através das chamadas “provas de caráter”, apenas serão necessariamente analisadas na fase do sentenciamento em casos que envolvam a possibilidade de aplicação de pena capital, uma vez que tratar-se-iam de hipóteses peremptórias em que, por óbvio, eventuais equívocos quando do arbitramento da sanção penal não poderão ser alterados após sua execução.⁸⁴⁸

Nesses casos, as circunstâncias pessoais do sentenciado poderão ser utilizadas para mitigar a aplicação da pena de morte, adotando-se sanção menos gravosa.⁸⁴⁹ Assim, dentre as

⁸⁴⁵ Embora não seja comum tal procedimento na Europa continental, Portugal veio a estabelecer dispositivos nesse sentido, bem como a Noruega. Sobre uma análise acerca do instituto no direito comparado ver MAIWALD, Manfred. “Prova e giudizio. La normativa in materia del Codice Tipo per l’America Latina: una prospettiva tedesca”. In: “**Codice Tipo**” di procedura penale per l’America Latina, p. 91-107.

⁸⁴⁶ Procedimento este chamado de “cesura”. Conforme salienta Scarance, “a ideia da cesura no processo penal consiste em cindir o julgamento da causa em duas partes, embora mantida a sua unidade, para permitir a discussão da pena só depois de ter sido julgado o fato imputado ao acusado e afirmada a sua culpa. A finalidade é impedir que o juiz, pelo exame do ‘conhecimento de tudo quanto dissesse respeito à vida anterior’ do acusado, pudesse formar convencimento em seu prejuízo, com ‘influência na prova dos fatos acusados’. Com a cesura também se busca evitar que, em caso de absolvição, a divulgação de dados do imputado possa ofender sua vida privada”. FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 281-2.

⁸⁴⁷ Tal instituto, todavia, não é livre de críticas, normalmente fulcradas em três pontos: (i) na necessidade, às vezes, de se fazer menção aos crimes anteriormente cometidos pelo réu, já que seu *modus operandi* pode ser o mesmo utilizado no caso posto a julgamento, interferindo, assim, na prova de autoria; (ii) eventual perda da unidade do julgamento, o que poderia levar a procrastinações indevidas; e (iii) a criação de dúvida acerca do momento do estabelecimento da pena, se apenas após o trânsito em julgado do julgamento de mérito, ou se poderia imediatamente o juízo de primeira instância proceder ao acerto da pena, ainda que pendente a análise do caso por juízos de revisão (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1, p. 283 ss).

⁸⁴⁸ **Lockett v. Ohio**, 438 US 586 (1978). Isso porque, diferentemente do que ocorre com a nossa regra constitucional do princípio da individualização da pena, “*courts have uniformly held that the Constitution guarantees individualized sentencing only in capital cases; no such guarantee exists in noncapital cases*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 258, nota 111).

⁸⁴⁹ “*However, in the typical capital case, the sentence must be allowed to ‘consider[...], as mitigating factors, any aspect of a defendant’s character or record and any of the circumstances of the offense that the defense proffers as a basis for a sentence less than death*” (Ibid., p. 179). Note-se que, em *Lockett v. Ohio*, afirmou-se que, embora várias Cortes venham aplicando a individualização da pena em casos que não envolvam penas capitais, ao menos no sistema norte-americano, tal prática “*rests not on constitutional commands, but on public policy [...]*” (**Lockett v. Ohio**, 438 US 586 [1978]). Assim, várias decisões das Cortes estadunidenses têm seguido tal posicionamento, não estendendo sua aplicação aos casos que envolvem outras espécies de sanções penais, como se pode verificar em **United States v. Musser**, 856 F.2d 1484 (11th Cir. 1988), cert. denied; **United States v. Ayarza**, 874 F.2d 647 (9th Cir., 1989); **United States v. Levy**, 904 F.2d 1026 (6th Cir. 1990), dentre outros.

chamadas *mitigating evidences*, encontram-se, além de outras: (a) a idade do acusado; (b) seu histórico familiar turbulento; (c) a existência pretérita de violência familiar; (d) capacidade intelectual incompatível à idade; (e) possibilidade de recuperação; e (f) bom comportamento durante o encarceramento preventivo;⁸⁵⁰ que, exatamente em razão de sua relevância para o arbitramento da reprimenda aplicável, poderão ser objeto de prova defensiva na fase do sentenciamento.⁸⁵¹

3.6.2.3 O *offer of proof* e a necessidade de antecipação da intenção probatória defensiva

Em *US v. Valenzuela-Bernal*,⁸⁵² a Corte Suprema estabeleceu que o acusado não tem o poder irrestrito de produzir qualquer prova testemunhal que pretenda,⁸⁵³ e exatamente por isso, para que o magistrado possa realizar a análise acerca da necessidade e relevância da prova, o defendente deverá “*at least make some plausible showing of how [the witness] testimony would have been both material and favorable to his defense*”. Essa demonstração acerca da utilidade probatória é chamada pela doutrina norte-americana de *offer of proof*.

Note-se, todavia, que não há a necessidade de comprovação cabal de que tal prova efetivamente atestará a tese defensiva, mas deverá o acusado demonstrar que o elemento probatório que se pretende produzir será ao menos potencialmente útil ao caso defensivo.⁸⁵⁴

Grahan Lilly, analisando o instituto da *offer of proof*, afirmou que, para que a parte tenha o direito de juntar ou produzir determinada prova durante a fase processual, caso haja alguma impugnação, seja da parte contrária,⁸⁵⁵ ou mesmo do próprio Juízo,⁸⁵⁶ deverá

⁸⁵⁰ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 259.

⁸⁵¹ Note-se que a criação dos chamados *Federal Sentencing Guidelines*, que são uma forma de limitação do poder discricionário do juiz sentenciante em determinar a pena a ser cumprida, trouxe inúmeras discussões acerca da constitucionalidade da possibilidade estabelecida na Seção 28 USC § 994 (1988) da Sentencing Commission, em se afastar a relevância de alguns critérios quando da dosimetria da pena (como, por exemplo, nível de escolaridade, laços sociais etc.). Além disso a referida seção ainda encontra certa dissonância com aquilo previsto na Seção 18 USC § 3661 (1988), que estabelece que os critérios analisados pelo juiz não podem ser “*proscribed, preempted, or limited by the Sentencing Commission*”. Sobre a questão, ver *Ibid.*, p. 260 e ss.

⁸⁵² **United States v. Valenzuela-Bernal**, 458 US 858 (1982).

⁸⁵³ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 185.

⁸⁵⁴ Conforme decidido pela Corte de Apelação do 8º Circuito, “[t]he burden of demonstrating that the evidence was of a favourable nature is [...] a very slight one”, sendo suficiente que o defendente demonstre que a prova pretendida é “*potentially useful*” (**Evans v. Janing**, 489 F.2d 470 [8th Cir. 1973], p. 476).

⁸⁵⁵ As formas com as quais as partes poderão combater a introdução indevida de prova serão, conforme a *Rule 103*, a *objection* e a *motion to strike*. Conforme explicam Merritt e Simmons: “*This subsection makes three important points about challenging evidence. First, the rule establishes two mechanisms for disputing evidence*

apresentar:⁸⁵⁷ (i) uma demonstração ou descrição da prova que quer produzir;⁸⁵⁸ bem como (ii) o que se pretende comprovar através daquele determinado meio de prova.⁸⁵⁹ Tais exigências, regradas pela *Rule* 103 das FRE, ainda segundo aquele autor,⁸⁶⁰ teriam como objetivos propiciar à parte contrária a possibilidade de impugnação da prova, bem como possibilitar a realização, pelo juiz e pela Corte de Apelação – esta em juízo revisional⁸⁶¹ –, do

at trial: by objection and by a motion to strike. Both formats claim that evidence is inadmissible; they differ only in when they are made. A lawyer registers an objection before the opponent introduces a potentially inadmissible item into evidence. If the prosecutor calls an incompetent witness, for example, the defense will object to that witness testifying. Similarly, if the defense asks a witness an irrelevant question, the prosecutor will object to the question. An objection occurs before the potentially offending evidence emerges fully. Motions to strike occurs after disputed evidence has already entered the record. A witness, for example, may answer an irrelevant question so quickly that opposing counsel has no time to object. Opposing counsel will then move to strike the response. [...] Evidence, finally, may appear relevant when first introduced but lose its relevance in light of further trial developments. The opposing party may move to strike the evidence when its irrelevance emerges” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 42). Embora não haja, nas FRE, prazo estipulado para a realização de tais técnicas de impugnação, a doutrina aponta que comumente devem se dar logo após a efetiva ou presumida ciência da parte. Neste sentido, ver *Ibid.*, p. 42.

⁸⁵⁶ Embora se trate o sistema norte-americano de adversarial, McCormick defende a possibilidade de o juiz, ainda que não haja manifestação da parte contrária, excluir de ofício a prova, normalmente em nome de *interests of justice*, como por exemplo, na ausência de capacidade probatória (*hearsay, privilege, dead man statue* etc.) (MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 94-5, § 56).

⁸⁵⁷ Como bem ressaltam Weissenberger e Duane: “*Accordingly, relevant evidence is ‘assumptively’ admissible. The proponent of evidence must be prepared to establish its relevance, and if appropriate, the opponent of the evidence must be prepared to establish its inadmissibility predicated on one of the bases cited in Rule 402”* (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 113). Segundo Westen, “[t]he defendant is invariably advised before trial of the charges against him, and knows, in his own mind, the nature of his defense. He should have some idea, however general, about what he expects or hopes his witness to say. Thus, he can be expected to support his requests for witnesses with some showing that they are important to his case. This showing is necessary to assist the trial court in passing on his requests and to give appellate courts a basis for reviewing lower-court decisions” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 267).

⁸⁵⁸ Neste ponto, o interessante é conseguir precisar o quanto se pode efetivamente exigir que o defendente demonstre, seja no que tange à *relevancy*, ou mesmo quanto à *materiality*. Evidente que não se pode exigir, por exemplo, que o réu saiba exatamente o que uma futura testemunha irá declarar, devendo-se limitar tal exigência ao mínimo que se possa exigir que ele saiba acerca da futura prova. Neste sentido, Westen afirma que: “*It follows that, if the validity of requiring any showing is based on what a defendant is expected to know about potential witnesses, then a defendant can be required to provide the court with only so much information about the witness’ testimony as he reasonably can be expected to know”* (*Ibid.*, p. 273). E mais, como bem alerta o autor, com base no julgamento de Burr aqui já referido, “*although a defendant has no right to subpoena witnesses ‘merely to discover whether they might have information helpful to him, the extent to which he can be required to describe their testimony in advance depends on the nature of the case. Thus, if he has interviewed his witnesses, or otherwise knows what they will say, it is reasonable to require the defendant to describe their testimony at length or provide an affidavit of their testimony. On the other hand, if the defendant has been unable to interview witnesses, or if they refused to cooperate with him, then it is entirely unreasonable to expect him to set forth their testimony precisely; [...] For example, it should be sufficient if the defendant can show that the witness was present at the scene of the crime, participated in the crime, or was one of the defendant’s alleged accomplices. To put it another way, if the most diligent defendant can do is provide some factual basis to support the belief that a witness may be material to his case, the right to compulsory process includes the opportunity to discover at trial precisely what the witness will say”* (*Ibid.*, p. 274-5).

⁸⁵⁹ LILLY, Graham C. **An Introduction to the Law of Evidence**, p. 378.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 379.

⁸⁶¹ No mesmo sentido, Imwinkelried e Blinka dizem que: “*The offer of proof is also important if there is an appeal. If there is no offer of proof, the appellate court will have a difficult time evaluating the propriety and effect of the judge’s ruling. With an offer of proof in the record of trial, the appellate court can make much more*

controle da relevância da prova.⁸⁶²

Interessante acerca de tal procedimento é que, com o objetivo de preservar os jurados leigos do acesso aprofundado a eventuais argumentos acerca de uma prova potencialmente inadmissível, e que poderia influenciá-los, o magistrado pode requerer que a *offer of proof* seja realizada em “câmara fechada”, com a participação somente das partes.⁸⁶³ Tal prática, prevista na *Rule 103 (d)*, é chamada de *shielding the jury* e visa impedir as chamadas “contaminações psicológicas”.

3.6.3 A possibilidade de limitação da produção probatória, ainda que relevante: o *balancing test*

A lógica intelectual do julgador se mostra extremamente relevante para se estabelecer, em um primeiro momento, se a prova que pretende produzir a defesa será ou não relevante para a comprovação dos fatos objetos do processo.⁸⁶⁴ Todavia, como visto, as *Rules 401 e 402* das FRE, bem como a *case-law* norte-americana, tentam estabelecer critérios mínimos de delimitação da discricionariedade judicial na admissão da prova, principalmente fulcrados nos elementos constitutivos do crime e nas teses defensivas apresentadas.⁸⁶⁵

E, como bem apontado por Graham Lilly, o “teste de relevância” tem como primordial função verificar se a prova que a defesa pretende ver produzida ou juntada aos autos tende a fazer com que a proposição que se quer ver provada seja mais provável do que caso tal

intelligent decisions whether there was an error, whether the error was prejudicial, and whether the appropriate disposition of the case is to simply remand or enter judgment for a party” (IMWINKELRIED, Edward J.; BLINKA, Daniel D. **Criminal Evidentiary Foundations**. 2nd ed. Newark: LexisNexis, 2007, p. 33).

⁸⁶² Novamente aqui a ideia de que o juiz de primeira instância não é o único destinatário da prova.

⁸⁶³ MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 47.

⁸⁶⁴ “[...] how can a judge know whether the evidence should reasonably affect an assessment of the probability of the fact to be inferred? In some instances, scientific research may show that the fact in issue is more likely to be true (or false) when such evidence is present than when it is not. Ordinarily, however, the answer must lie in the judge’s own experience, his general knowledge, and his understandings of human conduct and motivation” (MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 278-9, § 185). O autor traz uma hipótese em que o juiz tem que analisar logicamente se a comprovação da tentativa de fuga do réu seria relevante ou não para a comprovação de sua culpa no crime a ele imputado.

⁸⁶⁵ “Because the relevance of evidence depends upon first identifying the issues to be proved, state legislatures (and Congress) can set the basic framework for relevance by defining the elements constituting crimes and defenses. However, beyond this initial delineation of the substantive issues, the legislature has limited control” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 206).

elemento probatório não existisse.⁸⁶⁶

Mas certo é que, ainda que relevante, a prova poderá ser inadmitida pelo juízo sempre que a contribuição que esta trará para o acerto dos fatos for consideravelmente inferior a possíveis prejuízos que gerará a outros interesses públicos igualmente tutelados no processo, devendo o magistrado realizar, no caso concreto, o chamado *balancing test*.⁸⁶⁷

Nesse diapasão, a *Rule 403* das *Federal Rules of Evidence*⁸⁶⁸ prevê que será inadmitida a prova quando seu valor probatório for substancialmente inferior ao perigo de: (i) gerar um preconceito injusto ou confundir o órgão julgador (*unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury*)⁸⁶⁹; (ii) causar demora indevida no procedimento (*undue delay, wasting time* ou (iii) se apresentar prova repetitiva desnecessariamente (*needlessly presenting cumulative evidence*).

Sobre tais limitações, a Suprema Corte já reafirmou, por repetidas vezes, a constitucionalidade de normas, como a *Rule 403*, que permitem ao juiz “excluir provas que são repetitivas, apenas marginalmente relevantes ou que apresentem um risco indevido de assédio, preconceito ou confusão acerca das questões postas a julgamento”.⁸⁷⁰ Trata-se da

⁸⁶⁶ LILLY, Graham C. **An Introduction to the Law of Evidence**, p. 364. O defendente tem direito constitucional de produção probatória se existe “*a significant chance that this added item [...] could have induced a reasonable doubt in minds of enough juror to avoid a conviction*” (**United States v. Miller**, 411 F.2d 825 [2d Cir. 1969], p. 832).

⁸⁶⁷ A Suprema Corte, no caso **Roviaro v. United States**, estabeleceu que não há regra fixa para se estabelecer se o direito do acusado deverá prevalecer sobre determinado interesse processual, devendo ser aplicado o “*balancing test*” no caso concreto. Naquele julgamento específico, em que se discutia a possibilidade de se afastar o sigilo da identidade do informante, a Corte estabeleceu que devem ser levadas em consideração: “*the particular circumstances of each case, taking into consideration the crime charged, the possible defenses, the possible significance of the informer’s testimony, and other relevant factors*” (**Roviaro v. United States**, 353 US 53 [1957]). No mesmo sentido, em *Rock v. Arkansas*, a Corte direcionou às instâncias inferiores a possibilidade de, caso a caso, se admitir a utilização, em favor do acusado, de testemunhos aprimorados por técnicas hipnóticas (**Rock v. Arkansas**, 483 US 44 [1987]).

⁸⁶⁸ “*The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence*”.

⁸⁶⁹ Como explicam Merrit e Simmons, “*Rule 403 permits exclusion of evidence that is unfair only in the sense that it inflames jury’s passions or otherwise introduces an improper basis for decision*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 73). Tal hipótese, em regra, não é arguida quando se tratar de *bench trial*. Neste sentido, os mesmos autores dizem que: “*Rule 403, like the other Federal Rules of Evidence, applies to both jury and bench trials. Application of the rules, however, sometimes differs when the judge is the fact-finder. Under Rule 403, it would be awkward to exclude evidence offered in a bench trial on the ground that the evidence is unfairly prejudicial or confusing; the judge would have to conclude that he or she could not fairly evaluate the evidence. Parties, therefore, do not invoke this objection when a judge serves as the fact-finder. They may, however, still object to evidence as a waste of time or unduly cumulative. Judges remain responsive to those motions in bench trials*” (Ibid., p. 84).

⁸⁷⁰ Tradução livre do trecho: “*to exclude evidence that is repetitive, only marginally relevant or poses an undue risk of harassment, prejudice or confusion of the issues*” (**Holmes v. South Carolina**, 547 US 319 [2006], p. 326-7). No mesmo sentido, em *Delaware v. Van Arshall*, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de o juiz excluir a prova relevante que for “*repetitive [...] (or) only marginally relevant*”, ou mesmo que gere risco de “*harassment, prejudice, (or) confusion the issues*” (**Delaware v. Van Arsdall**, 475 US 673 [1986]).

chamada *legal relevance doctrine*.⁸⁷¹

Entretanto, embora não haja um direito absoluto à produção defensiva de toda e qualquer prova, em razão da hipossuficiência probatória da defesa,⁸⁷² apenas critérios jurisdicionais razoáveis,⁸⁷³ fulcrados em outros interesses igualmente tuteláveis no processo criminal,⁸⁷⁴ e unidos a uma duvidosa importância da prova do acusado,⁸⁷⁵ autorizariam a relativização da referida garantia defensiva.⁸⁷⁶

Imwinkelried e Garland,⁸⁷⁷ em análise da jurisprudência norte-americana, afirmam que, para o arbitramento da importância da prova defensiva, que servirá de norte para o *balancing test*, deverão ser considerados os seguintes critérios: (a) a existência de prova alternativa admissível, uma vez que, caso seja a única prova disponível, haverá extrema necessidade em sua produção;⁸⁷⁸ (b) o potencial grau de confiabilidade da prova pleiteada em comparação com as demais já requeridas ou produzidas;⁸⁷⁹ (c) o valor que a prova poderá

⁸⁷¹ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 317.

⁸⁷² O critério acerca da dificuldade de produção de prova por parte da defesa, em contraposição ao aparato investigatório do Estado, como visto, deverá sempre ser levado em consideração quando da possibilidade de exclusão de determinado elemento de prova requerido pela defesa. Sobre a questão, mas tratando da possibilidade de produção de prova circunstancial e indireta de que um terceiro possa ter praticado o crime imputado, em razão de seu passado criminoso, Dripps afirma que “*given the typical inability of the defense to mount an investigation as thorough as the one undertaken by the police, proof that some other person had the opportunity to commit the crime ought to be admissible given evidence of either motive or propensity. Making admission of circumstantial proof of a third party's guilt conditional on direct evidence will often have the effect of keeping defense proof of motive, means, and opportunity from the jury*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1422).

⁸⁷³ Em *Rock v. Arkansas*, a Suprema Corte assentou que: “*of course, the right to present relevant testimony is not without limitation [...] But restrictions of a defendant's right to testify may not be arbitrary or disproportionate to the purposes they are designed to serve*” (**Rock v. Arkansas**, 483 US 44 [1987], p. 55-6).

⁸⁷⁴ Em *Michigan v. Lucas*, a Suprema Corte, citando **Chambers** e **Rock**, assentou que o direito à apresentação de prova de testemunhas relevantes “*may, in appropriate cases, bow to accommodate other legitimate interests in the criminal trial process*” (**Michigan v. Lucas**, 500 US 145 [1991], p. 147).

⁸⁷⁵ Em *Taylor v. Illinois*, 484 US 400 (1988), a Suprema Corte impediu a juntada de prova pela defesa em razão do fato de que ela não teria sido previamente apontada na fase de *pretrial discovery*, não tendo o acusado apresentado qualquer razão plausível para ter deixado de fazê-lo. Em comentário a tal decisão, Dripps afirmou que “*given the flagrancy of the violation, the marginal relevance of the witness's testimony, and the probability that the testimony was recent fabricated, the Court affirmed the preclusion sanction*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1404).

⁸⁷⁶ A exclusão da prova defensiva trata-se, portanto, de hipótese excepcional. Neste sentido, a Corte de Apelação do 9º Distrito afirmou que “*the exclusion of evidence offered by the defendant in a criminal prosecution under Rule 403 is 'an extraordinary remedy to be used sparingly'*”, apenas podendo ser indeferida a prova exculpatória quando apresentar “*scant ou cumulative probative force, dragged in for the sake of its prejudicial effect*” (**United States v. Haischer**, 780 F.3d 1277 [9th Cir. 2015]).

⁸⁷⁷ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 70.

⁸⁷⁸ **Webb v. Texas**, 409 US 95 (1972).

⁸⁷⁹ Em **Chambers v. Mississippi**, a “prova de ouvir dizer” era cumulativa, mas foi autorizada em razão de sua patente credibilidade em comparação com as demais provas já produzidas. (**Chambers v. Mississippi**, 410 US 284 [1973]). No mesmo sentido: **Skipper v. South Carolina**, 476 US 1 (1986)

agregar à tese defensiva⁸⁸⁰ (v.g. se seria meramente especulativa), perquirindo-se ainda acerca do número de inferências necessárias para comprovar aquilo que se pretende, bem como sobre a força dessas inferências⁸⁸¹; e (d) a importância da questão que será comprovada, isto é, se trata-se de elemento central à imputação (v.g. autoria) ou meramente maginal.⁸⁸²

E exatamente porque a aplicação *in casu* de tais critérios pode gerar certo grau de discricionariedade judicial quanto à limitação do direito à produção de prova defensiva relevante,⁸⁸³ se buscará estabelecer de forma minimamente precisa, no ponto seguinte, como a referida ponderação de interesses vem sendo tratada pelas Cortes dos EUA.

Isso porque, como visto anteriormente, as garantias constitucionais do acusado no sistema norte-americano devem servir como freio às limitações probatórias,⁸⁸⁴ uma vez que “seja porque fulcrada diretamente na cláusula do devido processo legal da Décima Quarta

⁸⁸⁰ Ibid., p. 323. Isso, pois, “*common sense counsels that the more probative the item of evidence, the stronger is the case for its admission*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 83-4). Ainda sobre a questão, Alex Stein, em análise sobre a eficácia probatória, estabelece possíveis déficits que podem ser atribuídos à qualidade das provas, dividindo-as em *self-asserting evidence* (quando a prova não tem corroboração); *self-serving evidence* (quando não há possibilidade de contraprova – v.g., a testemunha que contraditória está morta); e *speculative evidence* (sem comprovação racional). De toda forma, segundo o autor, quando se tratar de prova exculpatória, ainda que apresente algum de tais vícios, deverá ela ser admitida, desde que demonstrado ser a melhor prova disponível para comprovar a tese defensiva. Nas palavras desse autor: “[O]ur legal system is willing to let many guilty criminals go unpunished in order to protect a single innocent person against erroneous conviction. Consistent with that principle, defendants should be allowed to adduce inefficient exculpatory evidence (with a low SNR ratio) upon a showing of necessity. Any defendant relying on self-asserting, self-serving, or speculative evidence would thus have to convince the court that this is the best evidence available to him under the circumstances of the case” (STEIN, Alex. “Inefficient Evidence”. **Alabama Law Review**, n. 66, p. 468, 2015).

⁸⁸¹ As decisões que admitem a prova defensiva comumente se referem a ela como *highly relevant* (v.g., **Crane v. Kentucky**, 476 US 683 [1986], p. 688; **Green v. Georgia**, 442 US 95 [1979], p. 97, 99), enquanto as que indeferem afirmam que a prova seria “*marginally relevant*” (v.g., **United States v. Tanner**, 941 F.2d 574 [7th Cir. 1991], p. 584-586; **United States v. Kaplan**, 832 F.2d 676 [1st Cir. 1987], p. 683). Essa é a razão pela qual Imwinkelried e Garland sustentam que “*the defense’s constitutional argument for admitting exculpatory evidence is stronger when the evidence in question is directly relevant rather than circumstantial*”. Todavia, alertam os autores que “*the courts have not limited the scope of the constitutional right to direct evidence*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 85).

⁸⁸² Em **Chambers v. Mississippi**, a Suprema Corte admitiu a testemunha requerida pela defesa porque ela contribuiria em atestar a identidade da pessoa que teria disparado contra a vítima, ou seja, seria uma “prova crítica” (**Chambers v. Mississippi**, 410 US 284 [1973]). Em sentido similar, envolvendo questão importante a ser considerada na fase de sentenciamento: **Green v. Georgia**, 442 US 95 (1979).

⁸⁸³ Não há dúvidas de que a previsão legislativa da *Rule 403* trouxe certo grau de discricionariedade nas decisões de admissão da prova requerida. Sobre a questão, Martin afirma que: “*Flexibility is also provided by explicit grants of discretion to trial courts in applying the Federal Rules. The most important provision of this nature is rule 403, which authorizes exclusion of relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by its potential for unfair prejudice, confusion, or undue delay*” (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not Write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 168).

⁸⁸⁴ Acerca do posicionamento da Suprema Corte sobre a questão, Imwinkelried e Garland afirmam que: “*The Court has rigorously enforced the accused’s constitutional right and strictly scrutinized exclusionary rules that block the admission of important defense evidence. The Court has sometimes treated such exclusionary rules in an extremely harsh fashion, and severely restricted the trial judge’s discretion to exclude relevant exculpatory evidence*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 100).

Emenda ou nas cláusulas do *compulsory process* ou do direito ao confronto da Sexta Emenda, a Constituição garante aos defendentes em Processo Penal uma oportunidade significativa de apresentar uma defesa completa”,⁸⁸⁵ razão pela qual se proíbe “a exclusão de prova defensiva sob a aplicação de regras que não servem a propósitos legítimos ou que são desproporcionais aos fins cuja promoção lhes é atribuída”.⁸⁸⁶

Note-se, por fim, que a *Rule 403* apenas autoriza o indeferimento da prova defensiva quando seu valor probatório for substancialmente superado (*substantially outweighed*) pelo desvalor de se atingir os interesses públicos nela referidos, restando claro que a regra, portanto, deverá ser a de admissão da prova, e não de sua exclusão.⁸⁸⁷ Assim, chega a ser desnecessário afirmar que eventuais provas, cujo valor se equipararia ao prejuízo potencialmente gerado por sua produção, deverão sempre ser admitidas.⁸⁸⁸

Havendo abuso na análise judicial casuística da admissão da prova requerida pela defesa (*abuse of discretion*), evidentemente a decisão poderá ser revista pelas Cortes superiores.⁸⁸⁹ Passa-se então a visitar os critérios do *unfair prejudice*, do *undue delay* e da “desnecessidade de produção de prova repetitiva”, estabelecidos pela *Rule 403*, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência norte-americana.

3.6.3.1 O *unfair prejudice* como critério para exclusão de provas relevantes

Acerca do *unfair prejudice*⁸⁹⁰ gerado pela eventual introdução de prova requerida

⁸⁸⁵ Tradução livre do trecho: “*whether rooted directly in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment or in the Compulsory Process or Confrontation clauses of the Sixth Amendment, the Constitution guarantees criminal defendants a meaningful opportunity to present a complete defense*” (**Crane v. Kentucky**, 476 US 683 [1986], p. 690).

⁸⁸⁶ Tradução livre do trecho: “*the exclusion of defense evidence under rules that serve no legitimate purpose or that are disproportionate to the ends that they are asserted to promote*” (**Holmes v. South Carolina**, 547 US 319 [2006], p. 326).

⁸⁸⁷ “*The rule recognizes a firm tilt toward admissibility. For the judge to exclude relevant evidence, its unfair prejudice, confusion, or delay must ‘substantially’ outweigh its probative value. Although judges may differ on whether a particular piece of evidence meets this standard, they all agree that the balance tips strongly towards admissibility. In other words, if the probative value and unfair prejudice are evenly balanced, or even if unfair prejudice somewhat outweighs probative value, the evidence must be admitted*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 71). No mesmo sentido, ver WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 121.

⁸⁸⁸ **United States v. Diaz**, 592 F.3d 467 (3d Cir. 2010).

⁸⁸⁹ WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 127.

⁸⁹⁰ Confome aponta o *Black’s law dictionary*: “*Within context of rule regarding admission of evidence means undue tendency to suggest decision on improper basis, commonly, though not necessarily, emotional one. Generally, danger of unfair prejudice in admission of evidence always exists where it is used for something other than its logical probative force. Empire Gas Corp. v. American Bakeries Co., N.D.111., 646 F. Supp. 269,*

pelas partes, a Suprema Corte já estabeleceu que a prova que se enquadra em tal categoria seria aquela que “*lure[s] the fact finder into declaring guilt [or liability] on ground different from proof specific to a offense charged*”,⁸⁹¹ isto é, a que leva o julgador a declarar a culpa do acusado com base em fundamento diverso daquele apontado pelas provas específicas do crime imputado.⁸⁹² Verifica-se, tal circunstância, em regra, quando configurada violação da imparcialidade ou risco de erro cognitivo por parte do julgador.⁸⁹³

A preocupação legislativa em prever tal hipótese se deu, principalmente, em razão de a valoração da prova caber, como regra, no sistema criminal norte-americano, a juízes leigos, razão pela qual o juiz togado deverá excluir as provas (i) que gerarão emoções ou preconceitos irracionais nos jurados;⁸⁹⁴ (ii) que serão avaliadas de forma equivocada por eles;⁸⁹⁵ (iii) que podem ser comprovadas por outros meios menos prejudiciais e que não

276. *Such is caused by evidence that is likely to arouse emotional response rather than rational decision among jurors. State v. Rice, 48 Wash.App. 7, 737 P.2d 726, 730*” (BLACK, Henry Campbell, **Black’s law dictionary**, 1990.)

⁸⁹¹ **Old Chief v. US**, 519 US 172 (1997), p. 180. Neste sentido, ver WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 130.

⁸⁹² IMWINKELRIED, Edward J. “The Meaning of Probative Value and Prejudice in Federal Rule of Evidence 403: Can Rule 403 Be Used to Resurrect the Common Law of Evidence?”. **Vanderbilt Law Review**, n. 41, p. 889, 1988.

⁸⁹³ Nesse sentido, Dripps: “*Prejudice means the tendency to cause decision on an improper ground. Typically, prejudice relates either to bias or to cognitive error*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1398). Muller e Kirkpatrick, da mesma forma, sustentam que a “*FRE 403 encompass two analytically distinct but frequently overlapping forms of unfair prejudice. The first is the injection of undue emotionalism into the proceeding arousing hostility, anger, or sympathy on the part of the jury. The second is the likelihood that the jury will misuse the evidence in some way or give it undue weight*” (MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**. Boston: Little, Brown, 1995, p. 197, § 4.5).

⁸⁹⁴ Como, por exemplo, a juntada de fotos ou vídeos que só mostram o resultado final do crime (v.g., a perda de um membro, deformidade etc.) sem qualquer indicação de quem seria o responsável por aquele evento, pode fazer com que a emoção dos jurados os levem a colocar a culpa no réu. Um exemplo foi o julgamento *US v. McRae*, 593 F.2d 700 (5th Cir. 1979), em que foi negada a utilização pela acusação de fotos tiradas na cena do crime que mostravam as marcas das mãos da criança no chão ao tentar salvar a mãe que havia sido assassinada. Quanto a gerar preconceito irracional nos jurados, que não guardariam relação com a causa, pode ser trazida a hipótese em que o acusado apresenta comportamentos racistas. Todavia, nesse caso, “*where the evidence relates directly to the crime or other litigated issue, courts will admit it*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 78). No mesmo sentido, ver MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 276-80, § 185.

⁸⁹⁵ Aplicam-se nas hipóteses em que as cortes acreditam que a prova versa sobre questões colaterais (*collateral evidence*) às efetivamente principais, e que poderiam fazer com a atenção do júri fosse desviada (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 334). Sobre a questão, Weissenberger afirma que “[e]xclusion based upon confusion usually is justified where the offered evidence would require the trier of fact to engage in intricate, extraordinary, or impossible mental gymnastics in order to comprehend the importance of the evidence or to assess its weight” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 132). Mesmo assim, Imwinkelried e Garland asseveram que: “*evidence with strong circumstantial relevance to the merits can certainly trigger the accused’s constitutional right even if it creates a limited risk of distraction*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 336).

gerem tanta confusão;⁸⁹⁶ sempre que se revelar improvável que tais danos sejam reduzidos com explicações prévias conferidas pelo magistrado.⁸⁹⁷

Trata-se, portanto, de preocupação com a manutenção e controle da racionalidade do julgamento, evitando julgamento iníquo baseado em circunstâncias outras que não aquelas demonstradas pelo processo racional de reconstrução do fato objeto da demanda.⁸⁹⁸ Note-se, todavia, que tal preocupação não há de se verificar somente no julgamento realizado por juízes leigos, embora certamente em tais casos se mostre mais relevante,⁸⁹⁹ uma vez que não são raras as hipóteses em que até mesmo juízes togados são levados a juízos condenatórios, de forma equivocada, com base somente em “(pré)conceitos” advindos dos antecedentes criminais do acusado.⁹⁰⁰

Analisando o referido requisito em casos concretos, as cortes norte-americanas têm se mostrado vacilantes. Em julgamento versando acerca da inadmissibilidade de determinada prova requerida pela acusação, a Corte de Apelação do 10º Circuito assentou que o elemento probatório não poderia ser considerado prejudicial à parte contrária, ainda que gerasse comoção dos jurados, quando comprovasse diretamente a prática do crime pelo acusado.⁹⁰¹

Por sua vez, a Suprema Corte, em posicionamento contestado, admitiu o afastamento

⁸⁹⁶ Em *Old Chief v. US*, 519 US 172 (1997), a Suprema Corte atestou que a existência de meios de prova alternativos deve ser levada em consideração quando da análise da aplicação da *Rule* 403. Weissenberger e Duane, citando tal caso, apontam que se determinou a exclusão do registro que comprovava que o réu havia sido condenado por outro crime, uma vez que outra prova menos prejudicial, no sentido de gerar comoção no júri, estava disponível, qual seja, a admissão do próprio acusado (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 129).

⁸⁹⁷ MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 72.

⁸⁹⁸ Neste sentido, Dripps afirma que: “*The commitment to rational factfinding inspires restrictions on the introduction of prejudicial evidence – evidence carrying ‘an undue tendency to suggest decision on an improper basis, commonly, though not necessarily, an emotional one’*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1389). Imwinkelried e Garland apresentam como exemplos, hipóteses de provas versando sobre a vida sexual progressa da vítima de um crime sexual, ou sobre o passado agressivo de uma vítima de homicídio: “*For example, in the hypothetical rape prosecution, the judge allows the accused to go into great detail about the alleged victim’s sexual history. Again, there is a risk of a decision on an improper basis. At a subconscious level, some jurors might leap to the conclusion that the victim is ‘a tramp who got what she deserves’.* Similarly, if in a homicide case the judge permits the defense to elicit extensive testimony about the decedent’s violent past, some jurors might be tempted to reason that the victim was ‘a no-good bastard who deserve to die’” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 418-49).

⁸⁹⁹ Sobre a questão, Dripps afirma que: “*Technically, the rules of evidence apply in a bench trial. The balancing required by Rule 403 and its state analogues, and by the constitutional right to defend, however, will very much favor admissibility of relevant but prejudicial evidence in bench trials. The rules are the same at jury and at bench trials, but the situation regarding the factfinder’s rationality is different*” (Ibid., p. 1420).

⁹⁰⁰ Essa é a razão pela qual seria de melhor tom que a dosimetria da pena, em nosso sistema, se desse em fase posterior ao julgamento de mérito, e, se possível, com outro magistrado, impedindo-se, assim, que tais questões, que devem ser analisadas pelo juiz na forma do art. 59 do CP, pudessem contaminá-lo psicologicamente quando da análise da procedência ou improcedência do pedido condenatório da acusação.

⁹⁰¹ **US v. Schneider**, 594 F.3d 1219 (10th Cir. 2010).

de prova defensiva que visava apontar outra pessoa como a verdadeira agente do crime, sob o fundamento de que o elemento probatório que se buscava produzir geraria uma conexão somente “especulativa e remota” do novo sujeito com o delito imputado,⁹⁰² podendo-se gerar o temido *unfair prejudice*.⁹⁰³

Glen Weissenberger e James Duane salientam, todavia, que a mera possibilidade de confusão por parte dos jurados não é suficiente para sustentar a inadmissão de uma prova, mormente quando requerida pela defesa, uma vez que, como já visto, o perigo ao interesse tutelado deve sempre se sobrepor substancialmente ao valor probatório daquele determinado elemento de convicção que se pretende aportar ao julgamento.⁹⁰⁴ Essa é a razão pela qual Peter Westen critica tal possibilidade de exclusão da prova defensiva, uma vez que, em alternativa a medida tão drástica, seria suficiente a realização, pelo juiz togado, de instruções de alerta aos jurados, com o fim de afastar o *error in judicando*.⁹⁰⁵

E mais: como já sustentado ao longo da presente tese, o direito à prova da acusação não se funda nas mesmas bases que o direito probatório defensivo, uma vez que este justifica-se no temor de falsa condenação e, por isso, deve ser exercido de forma ampla e completa.⁹⁰⁶

⁹⁰² Como se verifica no trecho: “*if [the evidence] does not sufficiently connect the other person to the crime, as, for example, where the evidence is speculative or remote*” (**Holmes v. South Carolina**, 547 US 319, 327 [2006]).

⁹⁰³ Em análise do referido julgamento, Weissenberger e Duane salientaram que deve ser sempre alegada alguma *exclusionary rule* para afastar o pleito probatório defensivo, não podendo ser inadmitida a prova somente com base em uma suposta baixa capacidade probatória (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 134).

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 134-5. Em **Olden v. Kentucky**, a Suprema Corte, em que pese a possibilidade de gerar preconceito racial pelos jurados, determinou a produção de prova requerida pelo acusado, em razão de sua importância para a tese defensiva, afastando, assim, a aplicação da FRE 403 (**Olden v. Kentucky**, 488 US 227 [1988]). Neste mesmo sentido, a Corte de Apelação da Califórnia afirmou que a “*legal relevance doctrine*” deveria “*bow to the due process right of a defendant to a fair trial and to his right to present all relevant evidence of significant probative value to his defense*”. (**People v. Reeder**, 82 Cal. App. 3d 543, 554 [1978]).

⁹⁰⁵ Nas palavras do autor: “*Allowing the judge discretion to balance the probative value of evidence against the danger that it will improperly influence the jury raises several problems. To begin with, it implies that, in counteracting the dangers of prejudice, the judge is free to exclude probative evidence rather than admit it under cautionary instructions. Yet Washington teaches that it is unconstitutional for a court to resort to exclusion when the less drastic alternative of sending the evidence to the jury under cautionary instructions is available*”. O autor afirma ainda que a exclusão da prova defensiva seria apenas legítima nos casos em que “*because of the inflammatory effect, he [the judge] can no longer say that it rationally tends to favor the defendant’s case. In the absence of such circumstances, however, the defendant has a constitutional right to demand that the fact-finder, rather than the judge, determine the probative value and weight of his evidence*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 212-3).

⁹⁰⁶ Sobre a questão, Imwinkelried e Garland afirmam que: “*There are too many asymmetries built into the structure of the Constitution [...] Given its special investigative responsibilities, the government is authorized to use grand jury procedures to gather evidence. For its part, the defense enjoys special, constitutional advantages. [...] More broadly, many of the constitutional provisions impacting evidence are found in the Bill of Rights; and rather than implementing an equality model, the essential thrust of the Bill is to impose special restrictions on the government [...] Relying on the compulsory process clause, the courts should continue to hold that the accused has a constitutional right to present demonstrably reliable, critical evidence – even when the introduction of that testimony requires surmounting a purportedly absolute common-law or statutory evidentiary rule which also applies to prosecution testimony*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M.

Essa é a razão pela qual, também no direito norte-americano, há quem sustente que as hipóteses de prejudicialidade que impossibilitariam a juntada de provas que influenciem emotivamente o julgador apenas se aplicariam para evitar a admissão da prova acusatória, nunca aquela produzida em favor do acusado.⁹⁰⁷

Neste sentido, encontram-se decisões da Suprema Corte assentando que a exclusão de provas exculpatórias relevantes, ainda que gerem possível confusão do julgador, violariam o devido processo legal, bem como as cláusulas advindas da Sexta Emenda, como o *compulsory process* e o *right to confrontation*, embora nelas não se chancele um sistema de “prova livre” defensiva.⁹⁰⁸

Importante questão se revela a possibilidade de utilização pela defesa da prova de caráter que, em regra, é vedada no sistema norte-americano na fase do *trial*, exatamente com base no *unfair prejudice*, vez que pode gerar erro cognitivo ao ser interpretada pelo julgador com carga probatória desproporcional (*attribution error*).⁹⁰⁹ Todavia, Donald Driggs⁹¹⁰

Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence, p. 51-2). Essa é a razão pela qual afirmam os autores que os precedentes da Suprema Corte estabelecem que: “*all the major types of procedural restrictions on the admissibility of defense evidence – limitations on forms, timing, and scope – are vulnerable to attacks based on the accused’s constitutional right to present evidence*” (Ibid., p. 231). No mesmo sentido, na Inglaterra, ver Tapper, Cross e Wilkins: “*More latitude is generally allowed to a man to adduce evidence in his own defence than to the prosecution in seeking conviction*” (TAPPER, Colin; CROSS, Sir Rupert; WILKINS, Nancy. **Outline of the Law of Evidence**. 6th ed. London: Butterworths Law, 1986, p. 219-20).

⁹⁰⁷ Novamente Driggs: “*The consideration bearing on the exclusion of relevant but prejudicial evidence by the prosecution are quite different than those bearing on the introduction of similar evidence by the defense. The defense has a constitutional right to an ‘impartial jury’. U.S. Const. amend. VI. As a matter of due process, the defense is also entitled to a fair trial, including proof of guilt beyond a reasonable doubt*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1390). Sobre a necessidade de maior limitação à prova requerida pela acusação, ver LEWIS, D. Craig. “Proof and Prejudice: A Constitutional Challenge to the Treatment of Prejudicial Evidence in Federal Criminal Cases”. **Washington Law Review**, n. 64, p. 289-364, 1989.

⁹⁰⁸ DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1391. Até porque, a alternativa, como citado por Driggs, para a produção de uma prova que poderia gerar confusão ao júri, seria extremamente relevante; ela poderia ser o direito de o acusado escolher ser julgado por um juiz togado (*bench trial*) (Ibid., p. 1393). A lei federal estabelece hipótese de escolha unilateral do acusado nesse sentido, devendo-se, todavia, sempre, se exigir a concordância ministerial. Acerca da necessidade de se estabelecer um direito unilateral do réu ao *bench trial*, ver KURLAND, Adam H. “Providing a Federal Criminal Defendant with a Unilateral Right to a Bench Trial: A Renewed Call to Amend Federal Rule of Criminal Procedure 23(a)”. **UC Davis Law Review**, n. 26, p. 309, 1993.

⁹⁰⁹ Nesse sentido, ver DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1399. Sobre a questão, ver também GOLD, Victor J. “Federal Rule of Evidence 403: Observations on the Nature of Unfairly Prejudicial Evidence”. **Washington Law Review**, n. 58, p. 525, 1983; TASLITZ, Andrew E. “Myself Alone: Individualizing Justice through Psychological Character Evidence”. **Maryland Law Review**, n. 52, p. 110-1, 1993; TORRANCE, David. “Evidence of Character in Civil and Criminal Proceedings”. **Yale Law Journal**, n. 12, p. 352-63, 1902-1903.

⁹¹⁰ Conforme sustenta Driggs, “*the reasons for this exception to the general ban on character evidence are that an innocent person may have some difficulty proving a negative, and that is more important to avoid prejudice against defense than prejudice against the government*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial

vislumbra a existência de um direito defensivo a introduzir testemunhos exculpatórios que comprovem o passado do acusado – e até mesmo o da vítima⁹¹¹ –, revelando-se, aqui, mais uma hipótese de tratamento diferenciado entre acusação e defesa em processo penal,⁹¹² na medida em que é notoriamente mais importante se evitar o julgamento equivocado em favor da acusação, do que em favor do réu.⁹¹³

Assim, do que se pode colher da doutrina e jurisprudência estadunidenses, o indeferimento de prova relevante requerida pela defesa será somente autorizado por *unfair prejudice* quando demonstrado claramente seu diminuto valor probatório, bem como sua flagrante propensão a gerar inequívoco erro de valoração pelo órgão julgador.

Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1400). Essa é a razão pela qual “*most jurisdictions allow the accused to introduce good character evidence during the guilt phase. They permit the accused to use character as circumstantial proof of innocence; the accused offers the evidence to establish a good, law-abiding, moral character and, in turn, uses his character as a basis for inferring that he or she did not commit the crime with which he is charged*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 420). Acerca da impossibilidade de tal faculdade ser atribuída à acusação, *justice* Jackson já afirmou que: “*The state may not show defendant’s prior trouble with the law, specific criminal acts, or ill name among his neighbors, even though such facts might logically be persuasive that he is by propensity a probable perpetrator of the crime. The inquiry is not rejected because character is irrelevant; on the contrary, it is said to weigh too much with the jury and to do so overpersuade them as to prejudice one with a bad general record and deny him a fair opportunity to defend against a particular charge*” (**Michelson v. United States**, 335 US 469, 475-6 [1948]).

⁹¹¹ Existem algumas proibições legais em crimes que envolvam a liberdade sexual, chamadas de *rape shield laws*, que visam proteger a dignidade da vítima. Neste sentido, Imwinkelried e Garland afirmam que: “*Forty-five states have enacted a rape shield law. Congress has enacted a similar federal statute, Federal Rule of Evidence 412. [...] All the commentators recognize that by restricting the admission of relevant evidence, the rape shield laws collide with the accused’s constitutional right to present a defense. [...] However, in vast majority of cases, the courts have rejected the attacks. [...] Some courts have emphasized that the victim’s sexual conduct on one occasion may not be a reliable indicator of her probable conduct at another time [...] Other courts have stresses the extrinsic social policy of encouraging victims to come forward to report the crime without fear that the defense will be allowed to parade their entire sexual history before the public during the trial*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 445-8). Mas os próprios autores, em análise da jurisprudência norteamericana, assentam que as *rape shield laws* têm sido relativizadas em favor do exercício do direito de defesa do acusado de demonstrar o passado sexual da vítima, como, por exemplo, quando a tese defensiva estabelece que a vítima estava tendo relações sexuais com outra pessoa, no mesmo momento, em outro lugar (álibi); que o menor, vítima do crime, tinha conhecimento de técnicas sexuais porque realizava o ato com outra pessoa; que a vítima consentiu em ter outro ato sexual com o acusado, em lapso temporal pequeno (o que demonstraria que houve consenso); ou que a vítima seria ninfomaniaca, e apenas teria denunciado o acusado em razão de sua rejeição (Ibid., p. 451).

⁹¹² Trata-se de mais uma forma de reequilibrar as partes, garantindo uma isonomia material entre acusação e defesa. Como já dito anteriormente, e bem ressaltado por Mueller e Kirkpatrick, tal exceção “*gives a criminal defendant some counterweight against the strong investigative and prosecutorial resources of the government*” (MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**, p. 220, § 4.12).

⁹¹³ Driggs ainda afirma que: “*Given a forced choice between a fair trial for the accused and a fair trial for the government, admission seems the only defensible solution*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1424). Pode-se encontrar tais hipóteses, por exemplo, em decisões nas quais se aceita a prova de polígrafo, normalmente inadmissível, ainda que em *suppression hearing* (onde não há júri presente), a favor da defesa (**United States v. Posado**, 57 F.3d 428 [5th Cir. 1995]).

3.6.3.2 A demora indevida (*undue delay*) como critério para exclusão de provas relevantes: o direito ao *speedy trial* e o choque com a demora do procedimento

Visando a solucionar o choque entre o direito à prova e a necessidade de celeridade do sistema processual penal norte-americano, as *Federal Rules of Evidence* autorizam que seja inadmitida determinada prova sempre que houver risco de se gerar o chamado *undue delay*, ou *wasting time*. Isso porque o sistema criminal estadunidense, voltado primordialmente à eficaz administração da Justiça, apresenta acentuada preocupação com a demora irrazoável na prestação jurisdicional, que evidentemente poderá gerar prejuízos tanto ao réu, ao ser submetido às agruras do processo penal por tempo demasiado, quanto ao interesse social em ver determinada conduta delitativa efetivamente punida na forma lei.⁹¹⁴

A demora no *pretrial* – período compreendido entre o *indictment* (ou a *information*) e a efetiva realização do julgamento⁹¹⁵ – revela-se tão grave no sistema norte-americano, que são previstas diversas sanções processuais, oponíveis ao Estado-acusação, caso este não se desimcumba de seu ônus de levar o acusado a julgamento dentro de um prazo razoável, incluindo-se até mesmo o *dismissal with prejudice*, hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito, mas que impede o oferecimento de nova acusação sobre aqueles mesmos fatos.

A garantia do *speedy trial*, prevista na Sexta Emenda à Carta Magna dos Estados Unidos da América, estabelece que “*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial [...]*”, sendo certo que, por ter sido considerada direito fundamental pela Suprema Corte, deverá ser respeitada por todas as cortes do país, incluindo-

⁹¹⁴ “Historically, the purpose of a speedy criminal trial was to protect the defendant by precluding undue, pretrial incarceration, minimizing the anxiety accompanying public accusation, and preventing delay that might hamper defense preparation for trial. *Smith v. Hooey*, 393 US 374, 377-78 (1969); *United States v. Ewell*, 383 US 116, 120 (1966). More recently, the advent of soaring crime rates, overburdened courts, and backlogged dockets has led to judicial recognition of an independent ‘societal interest’ in trying defendants speedily, *Barker v. Wingo*, 407 US 514, 519 (1972), in order to prevent them from committing crimes while awaiting trial and to preclude defense utilization of lengthy delay for leverage in plea negotiations” (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”. *Fordham Law Review*, n. 48, p. 611-56, nota 46, 1980).

⁹¹⁵ “The phrase ‘pretrial delay’ is used, in its constitutional sense, to refer to the time period, commencing at the instant that ‘the putative defendant in some way becomes ‘accused’. *United States v. Marion*, 404 US 307, 313 (1971) (construing US Cons. amend. VI), through ‘either a formal indictment or information or else the actual restraints imposed by arrest, and holding to answer a criminal charge,’ *id.* At 320, and concluding upon his trial on those charges of which he stands ‘accused’ [...] at least one court has considered that the period begins upon the mere filing of a criminal complaint, *People v. Hannon*, 19 Cal. 3d 588, 564 P. 2d 1203, 138 Cal. Rptr. 885 (1977)” (Ibid., p. 611, nota 1).

se aí as estaduais, na forma da Décima Quarta Emenda.⁹¹⁶

Como bem lembrado por Akhil Amar, entre os principais interesses tutelados pelo direito ao *speedy trial* estariam aqueles ligados ao acusado que visam a garantir, primordialmente, sua liberdade física – não podendo ser submetido a longos períodos de cárcere enquanto apurada judicialmente sua culpa – e mental/reputacional – uma vez que o simples processamento do crime já traria consequências psicológicas⁹¹⁷ e danos à imagem do preso.⁹¹⁸

Entretando, em *Doggett v. United States*,⁹¹⁹ a Suprema Corte, por maioria,⁹²⁰ alargou tal entendimento, ao estabelecer que os interesses do réu envolvidos na demora irrazoável do processo vão muito além de um eventual excesso de prazo de prisão ou da ansiedade em ter seu caso resolvido, verificando-se até mesmo na hipótese em que o acusado sequer sabe da existência de uma acusação em seu desfavor, uma vez que a demora procedimental pode se tornar extremamente prejudicial para o exercício de sua defesa, tanto em razão da perda natural de sua memória acerca dos fatos imputados, quanto em razão de eventual desaparecimento de prova exculpatória.⁹²¹

Mas não há dúvidas também de que a sociedade, representada pela acusação pública, tem igualmente interesse legítimo de que o processo não dure eternamente, sob pena de tornar a Justiça algo praticamente inatingível.⁹²² Tal direito ao acusador também é reconhecido no ordenamento jurídico norte-americano, como se pode verificar no clássico julgamento *Barker v. Wingo*,⁹²³ no qual a Suprema Corte assentou que a demora no julgamento em casos em que o denunciado se encontra solto pode aumentar a possibilidade de reincidência ou violação da

⁹¹⁶ Conforme decidido em **Kopler v. North Carolina**, 386 US 213 (1967), p. 222-3. Embora a maioria dos estados norte-americanos tenham igualmente previsto a garantia do *speedy trial* em suas próprias cartas estaduais. Nesse sentido, Joseph afirma que: “*The constitutions of every state except Nevada, New York and North Carolina contain parallel provisions, most of which are virtual replicas of the sixth amendment’s speedy trial language*” (Ibid., p. 613).

⁹¹⁷ Nesse mesmo sentido, ver o clássico ensaio CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Roussel Editores, 2013.

⁹¹⁸ “*First is the basic right to speedy trial, a right embodied in a single cause that, as we shall see, in fact protects a cluster of distinct interests, including (a) physical liberty interest in avoiding prolonged pretrial detention; (b) a mental liberty and reputational interest in minimizing unjust accusation; and (c) a reliability interest in assuring that the accuracy of the trial itself is not undermined by an extended accusation period*” (AMAR, Akhil Reed. “Foreword: Sixth Amendment First Principles”. **Georgetown Law Journal**, Washington DC, n. 84, p. 642, 1996).

⁹¹⁹ **Doggett v. United States**, 505 US 647 (1992).

⁹²⁰ O *justice* Thomas, acompanhado pelo *chief justice* Rehnquist e pelo *justice* Scalia, limitaram a garantia para proteger somente contra o encarceramento indevido e os aspectos psicológicos do processo criminal.

⁹²¹ “*We have observed in prior cases that unreasonable delay between formal accusation and trial threatens to produce more than one sort of harm, including...the possibility that the accused’s defense will be impaired by dimming memories and loss of exculpatory evidence. [...] [T]he inability of a defense adequately to prepare his case skews the fairness of the entire system*” (**Doggett v. United States**, 505 US 647 [1992]).

⁹²² Além de, obviamente, possibilitar eventuais arguições da defesa de prescrição.

⁹²³ **Barker v. Wingo**, 407 US 514, 530 (1972).

liberdade provisória, bem como fazer com que eventuais testemunhas que sejam de interesse da acusação não se lembrem mais dos fatos.⁹²⁴

Essa é a razão pela qual Kaplan e Waltz afirmam que as restrições ligadas à relevância – e também àquela referente à inadmissão de provas repetitivas, a ser analisada no ponto seguinte – estariam ligadas diretamente à duração do processo, impedindo-se que determinado litígio dure uma eternidade.⁹²⁵ Mas é certo também que, tratando-se, por exemplo, de imputação por delito extremamente complexo, na qual pode ser aplicada pena altíssima ao acusado (v.g., lavagem de dinheiro, participação em organização criminosa etc.), deve-se admitir um maior lapso temporal para seu processamento,⁹²⁶ em que pese a alegação de eventual “urgência” em se dar pronta resposta à sociedade acerca dos fatos apurados naquela determinada demanda.

Assim, só deverá ser inadmitido o elastecimento procedimental quando ilegítimo, indevido (traduzido na expressão “*undue*”), tornando-se necessário se perquirir acerca de sua incidência quando o interesse envolvido se consubstancia no direito à prova do acusado.

Em regra, quando houver necessidade de produção probatória defensiva mais complexa, poderá se exigir maior lapso temporal para o encerramento do julgamento, em razão das naturais dificuldades que podem decorrer da referida atividade, como a falta justificada de testemunha à sessão, ou mesmo o tempo necessário para a realização de determinada perícia.

Diferentemente de uma eventual situação inadequada em que o acusado está se

⁹²⁴ “*The right of a speedy trial is generically different from any of the other rights enshrined in the Constitution for the protection of the accused. [...] [T]here is a societal interest in providing speedy trial which exists separate from, and at times in opposition to, the interests of the accused. [...] In addition, persons released on bond of lengthy periods awaiting trial have an opportunity to commit other crimes. [...] Delay is not an uncommon defense tactic. As the time between the commission of the crime and trial lengthens, witnesses may be more unavailable or their memories may fade. If the witnesses support the prosecution, its case will be weakened, sometimes seriously so. And it is the prosecution, which carries the burden of proof*” (**Barker v. Wingo**, 407 US 514 [1972]). Neste mesmo sentido, Green assenta que: “*the passage of time is more likely to hurt the prosecution than the defense which, after all, has no obligation to call witnesses or present evidence, but need only, and in many cases does only, put the government to its proof*” (GREEN, Bruce A. “Hare and Hounds: The Fugitive Defendant’s Constitutional Right to be Pursued”. **Brooklyn Law Review**, n. 56, p. 507, 1990).

⁹²⁵ Nas palavras dos autores: “*There is a concern about wasteful time-consumption. A limiting on the matters to be brought out during a trial is essential; were it otherwise, litigations would drag on forever. The rules of evidence, as someone once said, are a concession to the mortality of man. A criminal case would go on for an unconscionable length of time if there were no reasonably restrictive evidentiary principles putting outer limits on the sheer bulk of evidence to be admitted. And so we have rules of relevance, and rules against repetitious (cumulative) evidence*” (KAPLAN, John; WALTZ, Jon R. **Basic Materials on Criminal Evidence**. Mineola: The Foundation Press Inc., 1980, p. 5).

⁹²⁶ “*Nevertheless, because of the imprecision of the right to speedy trial, the length of delay that will provoke such an inquiry is necessarily dependent upon the peculiar circumstances of the case. To take but one example, the delay that can be tolerated for an ordinary street crime is considerably less than for a serious, complex conspiracy charge*” (**Barker v. Wingo**, 407 US 415 [1972]).

furtando ao ato citatório, que também se revela como conduta defensiva geradora de dilação procedimental, o exercício do direito à prova em favor do réu configura garantia constitucional, devendo, ao menos em regra, ser tolerado quando da análise de uma eventual violação do direito da acusação ao *speedy trial*.⁹²⁷

Todavia, a solução para o choque entre o direito à produção probatória defensiva e o necessário julgamento em prazo razoável nem sempre se revela simples no sistema norte-americano. Isso porque, embora seja uma das mais básicas garantias estabelecidas na Constituição Federal,⁹²⁸ o *speedy trial* vem sendo tratado pela Suprema Corte como um direito “amorfo”,⁹²⁹ de difícil delimitação.⁹³⁰

Assim, com o fim de delimitar tal garantia, diversos atos normativos emanados tanto do Poder Legislativo estadual, quanto das próprias cortes, passaram a prever, por exemplo, lapsos temporais máximos para o encerramento do julgamento,⁹³¹ que servem como um “gatilho”⁹³² para a alegação de violação da duração razoável do procedimento pelas partes.

Entretanto, a existência de previsões múltiplas, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional, passou a fazer com que as consequências da violação da citada garantia, bem como a forma procedimental de sua verificação, fossem tratadas de forma diferente pelas diversas cortes do país,⁹³³ gerando ainda mais insegurança quanto à sua aplicação.

⁹²⁷ Trazendo o direito do acusado de escolha de seu advogado, que pode gerar demora procedimental em razão da necessidade do novo causídico se preparar ao julgamento, em contraposição à demora gerada por uma fuga do réu, Joseph afirma que “*different considerations are presented when the defendant’s delay producing act is lawful, indeed constitutionally protected, such as the exercise of his right to counsel of his choice by substituting counsel after arrest but before trial. In such circumstances new counsel will necessarily require time to prepare to trial*”. Essa é a razão pela qual o autor assevera que “*the delay generated by pretrial preparation and defense against the prosecution’s charge also does not customarily violate the speedy trial right*” (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 626).

⁹²⁸ A Suprema Corte já estabeleceu que tal direito seria “*one of the most basic [...] preserved by our Constitution*” (**Klopper v. North Carolina**, 386 US 213 [1967], p. 226).

⁹²⁹ **Barker v. Wingo**, 407 US 514 (1972), p. 522

⁹³⁰ Segundo a própria Suprema Corte, “[*i*t is [...] impossible to determine with precision when the right has been denied” (**Barker v. Wingo**, 407 US 514 [1972], p. 521). Isso faz com que as cortes inferiores, muitas vezes de forma equivocada, tentem relativizar sua aplicação, criando, inclusive, hipóteses em que o acusado supostamente tivesse aberto mão de tal direito. É o chamado *waive of right*, que, no caso específico do direito ao *speedy trial* poderia ser verificado em várias condutas do defendente, como quando ele assume a culpa pelo crime (*guilty plea*), dentre outros. (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 611-2).

⁹³¹ “*Forty-four states have bestowed speedy trial rights upon some or all criminal defendants by statute, court rule, or both. Moreover, the District of Columbia, the United States, and every state except Alaska, Mississippi, and Louisiana have entered into the Interstate Agreement on Detainers [...] This Interstate Agreement contains speedy trial provisions specifying time limits within which a defendant, imprisoned on unrelated charges in one jurisdiction, must be brought to trial on criminal allegations detailed in a detainer lodged against him by authorities from another jurisdiction*” (Ibid., p. 614, nota 22).

⁹³² Ibid., p. 616.

⁹³³ “*Under either variation of the approach, however, courts have been careful to discriminate clearly between constitutional and extraconstitutional speedy trial rights, recognizing them as different in nature and scope. [...] the bare fact that a defendant’s extraconstitutional rights have not been violated does not compel the conclusion that his constitutional rights have been vindicated*” (Ibid., p. 616-8).

Com base, todavia, no já citado caso *Barker v. Wingo*,⁹³⁴ pode-se inferir que, para a Suprema Corte norte-americana, o principal critério para verificação, em concreto, da violação do direito ao *speedy trial* é a análise da causa da postergação do julgamento, cotejada sempre em conjunto com o efetivo prejuízo gerado pela demora.⁹³⁵

No que tange ao requerimento de prova testemunhal, a referida corte já afirmou que “um fundamento válido, como o sumiço de testemunha, deve servir a justificar uma demora apropriada”,⁹³⁶ demonstrando claramente que razões probatórias que não estejam sob o controle direto das partes são justificativas legítimas para que se determine uma maior demora procedimental.⁹³⁷

Ademais, quando em análise da violação do direito ao *speedy trial* do acusado, os tribunais norte-americanos vêm assentando que somente nas hipóteses em que o elastecimento procedimental for gerado por ato negligente ou evidentemente procrastinatório da acusação, a referida garantia restará violada,⁹³⁸ podendo-se, assim, *mutatis mutandis*, afirmar que, em caso de requerimento probatório defensivo que eventualmente exija maior lapso temporal para sua produção, para indeferi-lo, deverá o Estado comprovar, no mínimo, a clara negligência ou má-fé por parte da defesa.⁹³⁹

Isso porque “o direito ao *speedy trial* e o direito a evitar um julgamento precipitado são diferentes, porém se relacionam: ambos foram criados para garantir um julgamento justo

⁹³⁴ **Barker v. Wingo**, 407 US 514 (1972).

⁹³⁵ Segundo a análise jurisprudencial das cortes americanas, “*there seem general agreement that any delay of eight months or longer is ‘presumptively prejudicial’*” (Ibid., p. 623, nota 71). Ainda que analisando sempre sobre o ponto de vista da violação ao direito da defesa ao *speedy trial*, as Cortes norte-americanas têm, em regra, exigido a demonstração de prejuízo em virtude da demora. Neste sentido, ver **US v. Beamon**, 992 F.2d 1009 (9th Circ.1993) (em que a demora acusatória durou 17 meses). O prejuízo apenas é dispensado em alguns casos em que a demora é evidente, e que o prejuízo poderia ser considerado presumido.

⁹³⁶ Livre tradução do trecho: “*a valid reason, such as missing witness, should serve to justify a appropriate delay*” (**Barker v. Wingo**, 407 US 415 [1972]).

⁹³⁷ Em *United States v. Vassell* decidiu-se que a demora de sete meses entre o oferecimento da acusação e o julgamento, para que possibilitasse à acusação obter o acordo de delação com um codenunciado (fazendo com que este, então, testemunhasse contra o defendente), não poderia ser considerada irrazoável, exatamente em razão da sua natureza probatória (**United States v. Vassell**, 970 F.2d 1162 [2nd Circ. 1992]).

⁹³⁸ Neste sentido: **People v. Shannon**, 34 Ill. App. 3d 185 (1975); **State v. Driever**, 347 So. 2d 1132 (La. 1977); **People v. Bermudez**, 84 Misc. 2d 1071 (Sup. Ct. 1975)

⁹³⁹ Isso porque “*many courts have gone to the length of adopting a firm rule that proof of a willful violation is a condition precedent to imposing the preclusion sanction*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 213). Neste mesmo sentido, ver HEIDERSCHIEDT, John W. “Taylor v. Illinois: The New and Not-So-New Approach to Defense Witness Preclusion Sanctions for Criminal Discovery Rule Violations”. **Georgia Law Review**, n. 23, p. 489, 1989. Alertam ainda Inwinkelried e Garland que a cumplicidade do acusado com a postura equivocada do defensor não é requisito para se determinar a inadmissibilidade da prova (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 215).

ao acusado, prevenindo a demora indevida, por um lado, e a pressa indevida, por outro”.⁹⁴⁰

Assim, a demora procedimental natural, gerada pela necessidade de produção de prova relevante por parte do acusado, nunca poderá ser utilizada como fundamento para arbitrariamente se limitar o direito probatório defensivo.⁹⁴¹ Até porque, como visto, a Suprema Corte já afirmou que dentre os interesses envolvidos no direito ao *speedy trial* encontra-se a correta produção probatória defensiva,⁹⁴² demonstrando, por razões lógicas, que o critério do *undue delay* está vinculado também à necessária busca pela verdade. Por tal razão, revelar-se-ia teratológico utilizá-la como fundamento para indeferir um pleito probatório relevante.

Nesse diapasão, segundo Joseph, até mesmo atividades probatórias defensivas que eventualmente possam ser consideradas protelatórias somente deverão ser punidas, sempre que suficiente, por meio do estabelecimento de multas ou outras sanções processuais⁹⁴³, garantindo-se, de um lado, a prevenção da conduta ilícita, e, de outro, a produção de prova pelo acusado.

Todavia, a verdade é que a jurisprudência norte-americana se encontra atualmente dividida quanto a se tratar ou não de garantia constitucional a possibilidade de demora procedimental com vistas a efetivar uma melhor produção probatória defensiva. Algumas Cortes têm entendido que o direito ao *compulsory process*, previsto na Sexta Emenda, já englobaria em sua natureza o direito ao aumento do tempo procedimental, desde que efetivamente necessário para a produção de prova, enquanto outras, acompanhando posicionamento de John Wigmore,⁹⁴⁴ têm decidido no sentido de tratar-se de questão afeita à

⁹⁴⁰ Livre tradução do trecho: “*the right to a speedy trial and the right to avoid a precipitous trial are separate but related rights: both are designed to assure an accused a fair trial, to prevent undue delay in one instance and undue haste in the other*” (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 646).

⁹⁴¹ Porque, como afirmado por Joseph: “*Due process protections ensure that extraconstitutional fixed time limits will not prejudice the accused’s defense*” (Ibid., p. 646).

⁹⁴² “*The Court has identified three such interests: (i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. Of these, the most serious is the last, because the inability of a defendant adequately prepare his case skews the fairness of the entire system. If witnesses die or disappear during a delay, the prejudice is obvious. There is also prejudice if defense witnesses are unable to recall accurately events of the distant past*” (Barker v. Wingo, 407 US 415 [1972]).

⁹⁴³ Joseph aponta a possibilidade da aplicação das *contempt sanctions*, que poderiam, em alguns casos, ser até mais eficazes (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 647-8).

⁹⁴⁴ “*The constitutional provision for compulsory process, as the history of that right shows, was designed merely to give equally to the accused (beyond the power of legislative changes) the aid of the State’s subpoena [...] But the constitutional provision does not have anything to say about the time of holding trial; which is the only question here involved*” (WIGMORE, John Henry. **Evidence in trial at common law**, v. 9, p. 605-6, § 2595). Todavia, como alertado por Westen, “*Wigmore’s conception of the compulsory process clause as a mere guarantee of equality was implicitly rejected in Washington*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 255). Inclusive o autor afirma que os próprios constituintes não tinham como fim

discricionariedade das disposições legais.⁹⁴⁵

Interessante é o posicionamento de Peter Westen que, no bojo da discussão acerca da necessidade de a defesa apresentar *notice-of-alibi*⁹⁴⁶ em prazo razoável antes do julgamento, afirma parecer evidente que, sempre que houver justificativa válida para o desrespeito de tal exigência procedimental (como, por exemplo, quando a descoberta do álibi foi extemporânea) o acusado terá direito a ser remarcada a audiência de julgamento (*continuance*), elastecendo assim o procedimento, ainda que se admita, em tais casos, excepcionalmente, a demonstração da extrema importância da prova.⁹⁴⁷

Ainda para o autor, no caso de testemunha faltante à data do julgamento, o defendente igualmente terá direito claro à remarcação da audiência sempre que: (i) a prova preencher os requisitos de relevância, capacidade e materialidade; (ii) o acusado tiver agido de boa-fé; e (iii) seja demonstrado que a testemunha provavelmente poderá comparecer em data próxima.⁹⁴⁸

Westen assevera também que, mesmo que tenha ocorrido má-fé ou negligência por parte da defesa (v.g., hipóteses em que o acusado deixou de cumprir prazos, ou se absteve de questionar outras testemunhas já ouvidas acerca do fato), a punição processual com a aplicação de multas, ou até mesmo com a expedição de ofício para órgãos de classe com vistas a eventuais punições disciplinares, mostra-se, na maioria dos casos, suficiente.⁹⁴⁹ Tudo isso exatamente para não se sacrificar o direito à prova do réu, bem como a garantia processual da busca pela verdade.

Dessa forma, segundo o autor, a simples violação de exigência procedimental

estabelecer essa mera igualdade entre acusação e defesa no campo probatório. Neste sentido: “*Thus, the framers of the compulsory process clause certainly knew how to formulate the clause on a principle of equality and, presumably, would have done so if they had so desired. We can assume, therefore, that in refraining from doing so they intended that the defendant’s right to produce witness in his favor be independent of the particular opportunities available to the prosecution in producing its witnesses*” (Ibid., p. 256, nota 230).

⁹⁴⁵ “*Some courts – beginning with John Marshall’s decision in trial of Aaron Burr – have held that the right to produce witnesses implicitly entails the right to postpone, or, if necessary, adjourn the trial. Other courts have taken the view, best expressed by Wigmore, that the compulsory process clause guarantees the defendant nothing more than equality with the prosecution in the issuance of subpoenas, and leaves to local law the determination of the propriety of granting continuances [...]*” (Ibid., p. 237).

⁹⁴⁶ Caso a defesa do acusado pretenda ouvir testemunhas acerca de possível álibi, deverá ser informado à acusação, em tempo razoável antes do julgamento, os dados acerca da identidade da testemunha, bem como do local em que o acusado supostamente com ela estava, à época dos fatos imputados. Tal procedimento é regado pela Rule 12.1 do *Federal Criminal Procedure*.

⁹⁴⁷ “*Some courts, however, appear to require a greater showing of materiality for the purpose of granting a continuance than for issuing a subpoena or permitting an attending witness to testify*”. Todavia, Westen critica tal critério afirmando que “*there is no reason, however, why the same standard of materiality should not govern both procedures*” (Ibid., p. 241, nota 177).

⁹⁴⁸ Ibid., p. 244. O mesmo autor informa que: “[...] *a defendant has a clear and nondiscretionary right to a continuance if he can show that he is otherwise entitled to produce the witness, that he has acted in good faith, and that the witness is reasonably likely to appear at the time to which the trial is postponed*” (Ibid., p. 249).

⁹⁴⁹ WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, *Michigan Law Review*, p. 138.

probatória não pode significar diretamente um abandono do direito à prova defensiva.⁹⁵⁰ A escolha pela exclusão da prova sempre será desnecessária quando sanções menos graves forem suficientes para evitar que a defesa continue desrespeitando os trâmites procedimentais,⁹⁵¹ bem como se verificar que a postergação do julgamento não trará prejuízos irreparáveis ao processo.

3.6.3.3 A desnecessidade de produção de prova repetitiva (*cumulative evidence*) como critério para exclusão de provas relevantes no direito norte-americano

Estudos empíricos têm atestado que as partes tendem a requerer e produzir provas redundantes e repetitivas com a intenção de tornar suas hipóteses intuitivamente mais prováveis, ainda que a repetição da prova possa muitas vezes não fazê-lo.⁹⁵²

Dessa forma, assim como ocorre em nosso ordenamento, diversas jurisdições norte-americanas vêm estabelecendo limitações quantitativas ao exercício do direito à prova, prevendo, por exemplo, número máximo de testemunhas que podem eventualmente ser

⁹⁵⁰ Abordando a questão sob a ótica da exigência procedimental do *disclosure*, Westen afirma que: “*It is not enough to say that a defendant who deliberately violates his disclosure obligations thereby ‘waives’ his right to present evidence*” (Ibid., p. 138, nota 322).

⁹⁵¹ “*It would appear that the choice is unnecessary if sanctions less than disqualification would adequately induce defendants to comply with their disclosure obligations. The state has no legitimate interest in imposing the sanction of disqualification on possibly innocent defendants if lesser sanctions (e.g., contempt) would serve its purpose without preventing the innocent from exculpating themselves*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 138-9, nota 322). No mesmo sentido, o mesmo autor diz que: “*Whatever the particular sanction or combination of sanctions utilized to deter noncompliance with the rule, total preclusion of exculpatory evidence is unnecessarily harsh*” (Ibid., p. 138-9). Todavia, em **United States v. Nobles**, 422 US 225 (1975), a Suprema Corte implicitamente estabeleceu que o interesse do Estado em utilizar o instituto da preclusão para garantir o respeito a regras procedimentais válidas poderia superar o direito à prova defensiva. E em sentido similar, a mesma Corte, em hipótese na qual se discutia a possibilidade de um estatuto de Michigan estabelecer requisitos peremptórios para a aceitação da prova da parte contrária – no caso o *notice-and-hearing requirement* (que exigia que a defesa, caso pretendesse ouvir a vítima acerca de seu passado sexual, apresentasse *offer of proof* dentro de 10 dias após o *arraignment*) –, asseverou que tais procedimentos servem a interesses estatais legítimos, como proteger contra a surpresa processual, evitar a humilhação da vítima, e impedir a demora processual desnecessária, não podendo se considerar, assim, ao menos em tese, que o estabelecimento de tais requisitos em estatutos sempre violaria direitos fundamentais previstos na Sexta Emenda (**Michigan v. Lucas**, 500 US 145 [1991]).

⁹⁵² “*And although some scholars assume that parties will not go to the trouble of generating evidence or advancing arguments that are strictly redundant, empirical studies indicate that parties are often motivated to offer redundant evidence in order to ‘make certain facts seem intuitively more probable, even though [the evidence] does not increase their likelihood*” (CALLEN, Craig R. “Human Deliberation in Fact-Finding and Human Rights in the Law of Evidence”. **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**, p. 320). Sobre essa questão, ver também SAKS, Michael J.; KIDD, R. F. “Human information processing and adjudication: Trial by heuristics”. **Law & Society Review**, n. 15, p. 136-7, 1980.

arroladas pelo acusado,⁹⁵³ sendo certo que naquelas em que não há previsão específica em estatutos, caberá ao juiz indeferir eventuais provas orais cumulativas.⁹⁵⁴

Ressalte-se, todavia, que, como bem alertado por Weissenberger e Duane, as Cortes muitas vezes não fazem qualquer distinção entre *undue delay*, *needless presentation of cumulative evidence* e *waste of time*,⁹⁵⁵ analisando, portanto, também, a prova repetitiva com base nos mesmos critérios explicitados na Seção anterior deste trabalho.

Exemplo interessante acerca da forma como vem sendo tratada a limitação quantitativa de prova defensiva pela jurisprudência norte-americana é o caso *United States v. Libby*.⁹⁵⁶ Nele, a Corte Distrital de Columbia analisava demanda na qual havia sido imputado ao acusado ter mentido em depoimentos prestados a agentes do FBI e ao *Grand Jury*. A defesa de Libby argumentara que o acusado não havia mentido, mas apenas não teria se recordado dos pontos questionados pelas autoridades porque outras questões mais importantes estavam sendo analisadas por ele à época. Sobre isso, o acusado angariou, então, centenas de documentos que pretendia juntar aos autos, bem como mencionar no *trial*. Todavia, a promotoria reagiu à sua admissão, afirmando que seria perda de tempo (*waste of time*) a juntada daquela documentação para comprovar a alegação defensiva, uma vez que o acusado já havia anexado outros tantos documentos supostamente suficientes para sustentar sua tese. A Corte, na forma da manifestação acusatória, inadmitiu a juntada.

Nesse mesmo sentido, mas em análise acerca da eventual necessidade da oitiva de dois psiquiatras para atestar a mesma questão, a Corte de Apelação do 5º Circuito, mantendo o posicionamento do juízo de primeiro grau, afirmou que o chamado “efeito cumulativo” (*cumulative effect*) da prova, neste caso de mais de um testemunho pericial, seria desnecessário, ainda que o segundo perito fosse atestar um grau de deficiência mental maior que o primeiro.⁹⁵⁷ A referida Corte chegou a afirmar que, com tal decisão, visava a desencorajar advogados a levar mais de um *expert* perante a corte com o único fim de

⁹⁵³ Algumas jurisdições estabelecem, inclusive, limitações que consideram a gravidade do crime, assim como a nossa. Para uma visão acerca dos estatutos, ver WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 215, nota 215. O conceito de provas repetitivas muitas vezes se mistura com a ideia de *immateriality* probatória, que será analisada no ponto seguinte. Sobre a questão, Westen: “*Similarly, the constitutionality of a judge’s ruling that denies the defendant subpoenas for cumulative witnesses depends upon whether the local definition of ‘cumulative’ is coextensive with the constitutional meaning of ‘immaterial’*” (Ibid., p. 216).

⁹⁵⁴ Ibid., p. 216.

⁹⁵⁵ WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 135. Tal “confusão” conceitual pode ser verificada nos julgamentos *US v. Cole*, 622 F.2d 98 (4th Cir. 1980) e *US v. Johnson*, 605 F.2d 1025 (7th Cir. 1979).

⁹⁵⁶ **United States v. Libby** 467 F.Supp. 2d 1 (D.D.C. 2006).

⁹⁵⁷ **Leefe v. Air Logistics, Inc.**, 876 F.2d 409 (5th Cir. 1989).

aperfeiçoar elementos já trazidos por outro.⁹⁵⁸

Assim, embora Weissenberger e Duane, com base em decisão do 10º Circuito, asseverem que “prova relevante, que apresente substancial valor probatório, não pode ser arbitrariamente limitada somente com o fim de acelerar o julgamento”,⁹⁵⁹ tem-se verificado, no sistema norte-americano, posicionamento jurisprudencial de certa forma refratário à absoluta liberdade do acusado para a produção excessiva de provas repetidas.⁹⁶⁰

Todavia, como bem salientado por Westen, uma prova deverá sempre ser admitida, por configurar elemento probatório relevante e não cumulativo, quando, de forma razoável, se possa concluir que, por si só, apresenta maior credibilidade,⁹⁶¹ ou que, em conjunto com as demais, corroborará a tese defensiva para fins de análise de *standard* probatório.⁹⁶²

Isso porque, como ressaltam Imwinkelried e Garland, “quando um elemento de prova corrobora a posição defensiva acerca de questão central do caso, o caráter cumulativo da prova é um poderoso argumento para admiti-la, não para excluí-la”.⁹⁶³

3.6.3.4 Para além da *Federal Rule of Evidence 403*: a *competence* como outra hipótese para exclusão de provas relevantes no sistema norte-americano

⁹⁵⁸ Nas palavras da Corte: “*We do want to discourage attorneys from parading additional experts before the court in the hope that the added testimony will improve on some element of the testimony by the principal expert*” (**Leefe v. Air Logistics, Inc.**, 876 F.2d 409 [5th Cir. 1989]).

⁹⁵⁹ Livre tradução do trecho: “*relevant evidence with substantial probative value may not be arbitrarily limited solely for the purpose of shortening the trial*” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 136, citando **US v. Schneider**, 594 F.3d 1219 [10th Cir. 2010]).

⁹⁶⁰ Neste sentido: “[A] party does not have ‘an absolute right to force upon any unwilling tribunal an unending and superfluous mass of testimony limited only by his own judgement of whim’” (**State v. Mucci**, 25 NJ 423 [1957], p. 433). Caso absurdo se verificou em julgamento da Corte de Apelação do 7º Circuito, no qual, por razões evidentes, indeferiu-se o pedido defensivo para a oitiva de 420 testemunhas, localizadas nos EUA, México, Costa Rica, África do Sul e Etiópia (**United States v. Zuideveld**, 316 F.2d 873 [7th Cir. 1963]).

⁹⁶¹ Neste sentido também Imwinkelried e Garland: “*the courts have found sufficient need when the item of evidence is likely to impress the trier of fact as being more credible*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 332).

⁹⁶² Sobre a prova testemunhal, Westen: “*Thus, a person remains a material witness, even when other witnesses have testified to the same facts, if the jury could, reasonably conclude either that his testimony is more credible, or that the mere accumulation of testimony adds to its weight. Indeed, a witness should not be deemed cumulative in a constitutional sense unless the number or credibility of the witnesses who have preceded him is such that his testimony cannot reasonably be deemed to add either substance or weight to the existing evidence*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 225-6).

⁹⁶³ Livre tradução do trecho: “*when an item of evidence corroborates the defense position on the linchpin issue in the case, the ‘cumulative’ character of the item of evidence is a powerful reason to admit the evidence, not exclude it*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 333). Neste mesmo sentido, a Corte de Apelação do 8º Circuito já assentou que uma das chaves para a vitória no julgamento normalmente revela-se na apresentação de testemunhos de corroboração quanto ao seu ponto crucial (**United States v. Turning Bear**, 357 F.3d 730 [8th Cir. 2004], p. 734-5).

Nas seções anteriores, foram analisadas as hipóteses expressamente previstas na *Rule* 403 que determinam a exclusão de prova relevante sempre que verificados *unfair prejudice*, *undue delay*, ou *needless presentation of cumulative evidence*. Todavia, existem algumas outras hipóteses que versam sobre a capacidade para testemunhar (*competency*), nas quais se autoriza igualmente a inadmissão da prova, em que pese sua relevância, com vistas a tutelar interesses diversos, como se passará a analisar a seguir.⁹⁶⁴

As regras acerca da *competency* no sistema norte-americano, de forma geral, guardam relação direta com a análise da capacidade física e mental de atestar fatos objetos da imputação, dos quais a testemunha teve conhecimento pessoal⁹⁶⁵ – à exceção, obviamente, da prova pericial, que, por natureza, é opinativa.⁹⁶⁶

Evidente que não há direito constitucional baseado em se ouvir testemunhas que não tenham qualquer capacidade para prestar declarações.⁹⁶⁷ Assim, diversas disposições específicas existentes em leis estaduais excluem testemunhas com base na ausência de capacidade, tendo a doutrina norte-americana dividido-as entre aquelas destinadas a afastar testemunhos não confiáveis (v.g., menores de idade, parentes etc.⁹⁶⁸), e aquelas que visam, ao menos em tese, a garantir outros interesses, sejam eles públicos (v.g., garantir a confidencialidade das deliberações do Júri) ou privados (v.g., sigilo entre advogado e cliente).

Acerca da inconfiabilidade das declarações testemunhais, fato é que a lei, em abstrato,

⁹⁶⁴ Conforme afirmado por Weissenberger e Duane: “*Relevance and competency are distinguishable. Relevance, considered in Rule 401, is defined in terms of minimal qualifications an item of evidence must possess in order to be admissible. ‘Competency’ usually refers to the appropriateness of testimony from a particular witness*” (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**, p. 120).

⁹⁶⁵ Acerca da *competency*, Westen afirma que a testemunha há de ser “*physically and mentally capable of testifying to events that [they] personally observed*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 198). Sobre a questão, Waltz afirma que a testemunha teria que apresentar três atributos: (i) *ability to perceive* – que diz respeito à capacidade sensitiva da testemunha, como por exemplo, se teria deficiências em sentidos importantes para atestar os fatos; (ii) *ability to recall* – devendo ter uma memória intacta, não podendo apresentar altos graus de senilidade, ou de amnésia; (iii) *communicative ability* – que seriam a habilidade e a voluntariedade de testemunhar acerca dos fatos, devendo prestar depoimento mediante juramento (WALTZ, Jon R. **Criminal Evidence**. Chicago: Nelson-Hall Company, 1975, p. 289).

⁹⁶⁶ MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 18-9, § 10. Todavia, como bem assevera Westen: “*Determining the competence of experts raises special problems, however, because of the difficulty in establishing their qualifications, the length and complexity of their testimony, and the danger that they may usurp the responsibility of the jury to formulate opinions on the ultimate issues in the case*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 204).

⁹⁶⁷ “*Because a defendant has no right to produce witnesses who are constitutionally incapable of testifying, his right to subpoena witnesses depends on their competence to testify*” (Ibid., p. 198)

⁹⁶⁸ Existem outras limitações probatórias previstas no sistema norte-americano, como a “*best evidence rule*”, a “*opinion prohibition rule*”, e a “*hearsay rule*”, que igualmente visam proteger a confiabilidade da prova. Mas como tais hipóteses não encontram aplicação em nosso ordenamento jurídico como forma de limitação da prova defensiva, por se afastarem do objetivo central do presente trabalho, não serão objeto de maiores análises. Para mais informações sobre tais questões ver: IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, capítulo 13.

não pode arbitrariamente impedir a produção probatória defensiva, estando autorizada a fazê-lo, por incapacidade, somente em casos nos quais a dúvida acerca da prova seja tão grande a ponto de se tornar verdadeira perda de tempo sua produção⁹⁶⁹.

Enquanto no passado da *common law* (sécs. XVIII-XIX) já se autorizou que várias classes de pessoas fossem consideradas presumidamente indignas de fé,⁹⁷⁰ a maioria das referidas restrições já foram afastadas por regras que determinam a avaliação individualizada e casuística de cada hipótese.⁹⁷¹

O afastamento de tais disposições restritivas gerais se deu exatamente em razão de se mostrarem extremamente arbitrárias, vez que a necessária análise da confiabilidade da prova, na maioria das vezes, restará satisfeita ao deixá-la ao encargo do próprio órgão responsável por sua valoração.⁹⁷² Uma eventual inadmissão ilegítima de prova gerará sempre o risco de se atingir o valor “verdade” desnecessariamente, afastando-se do conhecimento do julgador o conteúdo de declarações testemunhais possivelmente relevantes e efetivamente acuradas.⁹⁷³

A credibilidade da prova deverá, assim, em regra, ser analisada após a sua produção,

⁹⁶⁹ “If all reasonable persons would probably agree that every member of a certain class of persons is incapable of giving reliable testimony, the legislature of courts may formulate a competency rule categorically barring testimony by the members of that class” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 189). O exemplo evidente de tal hipótese legítima de limitação ao direito à prova seria uma lei que proíba crianças de 1 ano de prestar depoimento. Porém, quando houver alguma dúvida acerca da confiabilidade da prova, ela não poderá ser proibida em abstrato. Essa é a razão pela qual Imwinkelried e Garland afirmam que: “Even in jurisdictions recognizing a presumption that children under the age of seven are incompetent as witnesses, the presumption is rebuttable. If the accused wanted to call a 6-year-old child as defense witness in one of this jurisdictions, the judge could not exclude the child as a witness simply because the child was under the age of seven; the judge would have to give the accused the opportunity to show that despite his age, the child possesses the testimonial qualities of observation, memory, and narrative ability – the elements of the common-law concept of competency. [...] The same approach holds true for most restrictions on testimony by ‘insane’ persons”. (Ibid., p. 191-2). Exemplo claro de tal hipótese trazida pelos autores foi o julgamento da Corte de Apelação do 7º Circuito, que atestou ser inconstitucional a proibição de se ouvir uma testemunha de defesa de 6 anos (**Harris v. Thompson**, 698 F.3d 609 [7th Cir. 2012]).

⁹⁷⁰ Por várias razões, como: interesse no litígio; ser parcial em favor de um dos envolvidos (relações de parentesco); imaturidade em razão da idade; presença de deficiências mentais ou até mesmo morais (como condenados) etc. Neste sentido, ver WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 133. Cabe ressaltar que Inwinkelried e Garland sustentam que restrições relativas a parentesco não guardam qualquer relação com a confiabilidade da prova, mas sim com a necessária proteção de “*extrinsic social policies*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 198).

⁹⁷¹ Ibid., p. 133-4.

⁹⁷² Ibid., p. 135; WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 201.

⁹⁷³ Idem. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 135. Como bem afirmado pela Suprema Corte em *Washington v. Texas*, 388 US 14 (1967), a análise acerca da possibilidade de limitação do direito à prova defensiva deverá sempre considerar a necessidade de tal restrição, em contraposição com o prejuízo que gerará ao acusado. Em comentário acerca da decisão, Westen afirma que: “[...] the standard is implicit in the *Washington* analysis. The Court held the accomplice rule invalid because it imposed an unnecessary burden on the defendant’s right to present a defense – unnecessary because the state could have protected itself from unreliable testimony without disqualifying the accomplice, simply by leaving the credibility of his testimony to the jury” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 136); Idem, “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 200.

não antes. Dessa maneira, sempre que houver dúvida razoável acerca da possível confiabilidade das declarações da testemunha, a prova oral deverá ser admitida, criando-se, portanto, a norma geral de que “o defendente tem o direito constitucional a produzir testemunho quando a capacidade desta em fornecer prova confiável seja algo sobre o qual, de forma razoável, pessoas possam divergir”.⁹⁷⁴

Saliente-se, também, que, no sistema norte-americano, tampouco se pode abrir mão de que tais testemunhas sejam ouvidas mediante juramento, uma vez que a cláusula do *compulsory process*, desde suas origens, não concede ao réu apenas o direito de que sua prova oral seja efetivamente produzida, mas também de que suas testemunhas prestem compromisso, exatamente para que tal circunstância não seja fundamento apto para se alegar eventual déficit de credibilidade do testemunho.⁹⁷⁵

Ainda acerca das hipóteses de inadmissibilidade probatória por ausência de *competency*, inserem-se também em tal categoria, como visto, aquelas restrições probatórias estabelecidas em virtude da necessidade de garantia de eventuais interesses públicos ou privados, chamadas de privilégios (*privileges*), consubstanciadas, por exemplo, na impossibilidade de cônjuges prestarem depoimento uns contra os outros; de jurados testemunharem sobre suas deliberações; de agentes estatais informarem acerca de questões oficiais sigilosas; de advogados prestarem declarações sobre informações obtidas no curso de sua atividade; dentre outras.⁹⁷⁶

Novamente, adotando-se a *ratio decidendi* do caso *Washington*, deve-se salientar que o fator que torna legítima a inadmissão de pedido probatório defensivo com base nos mencionados *privilégios* reside naquelas hipóteses em que a exclusão da prova seja a única forma de garantir os interesses por eles tutelados.⁹⁷⁷ Portanto, não se pode sequer pensar em

⁹⁷⁴ Do original: “[...] *the defendant has a constitutional right to produce any witness whose ability to give reliable evidence is something about which is reasonable people can differ*” (Ibid., p. 203). Em sentido similar, ver HOFFEL, Janet C. “The Sixth Amendment’s Lost Clause: Unearthing Compulsory Process”. **Wisconsin Law Review**, n. 2002, p. 1315-6, 2002.

⁹⁷⁵ “*Compulsory process is unquestionably concerned with the credibility of defense witness. [...] It guarantees the defendant the right to place his witnesses under oath so that their testimony might carry the same weight and credibility as sworn testimony for the state*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 147).

⁹⁷⁶ Ibid., p. 136. Sobre a questão, Imwinkelried e Garland: “[T]he policies underlying privileges differ radically from the policies underlying the legal relevance doctrine. As previously stated, all the policies underlying the latter doctrine are intrinsic; they relate to the manner in which trial ought to be conducted in the courtroom. In contrast, the policies supporting the privileges are extrinsic; the privileges are designed to affect behavior outside the courtroom” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 474). No mesmo sentido, ver CARLSON, Ronald L. et al. **Evidence: teaching Materials for an age of science and statutes**. 7th ed. New Providence: Matthew Bender, 2013, p. 639-41.

⁹⁷⁷ Ainda segundo Westen, “*a rule of competency that disqualifies a material witness from testifying for the defense is invalid unless [...] its exclusion is necessary to further an important state interest that cannot be*

se afastar o requerimento de prova defensiva relevante, ainda que com vistas a proteger tais interesses, caso haja outros meios disponíveis a tutelá-los.⁹⁷⁸

Exemplo interessante se mostra a hipótese na qual o requerimento para a oitiva de determinada testemunha acaba por esbarrar em seu possível direito à não autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). Nesse caso, o conflito poderá ser evitado, garantindo-se o direito à prova defensiva, com a realização da colheita de declarações da testemunha por meio do estabelecimento de “imunidade” às suas palavras, ou seja, vedando-se que aquilo que seja afirmado por ela possa ser utilizado em seu desfavor pelos órgãos estatais em outros procedimentos.⁹⁷⁹

Essa é a razão pela qual Peter Westen afirma que o direito do acusado a obter imunidade às suas testemunhas decorre diretamente da cláusula do *compulsory process*,⁹⁸⁰

adequately satisfied by alternative means” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 133).

⁹⁷⁸ WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 137.

⁹⁷⁹ “*The conflict between defendant and witness, however can be avoided. A witness can be compelled to testify so long as the government does not later use his words against him in a criminal prosecution. The fifth amendment is not a privilege to remain silent, but a privilege against a subsequent prosecution of the witness based on his own words. [...] The government’s peculiar control over potentially exculpatory witnesses imposes a constitutional obligation on it to immunize them to obtain evidence in the defendant’s favor*” (Ibid., p. 167). Mahoney igualmente aponta a possibilidade de concessão de imunidade à testemunha de defesa (MAHONEY, Mark J. “The Right to Present a Defense”. **Superstar Trial Seminar**, p. 148). Já Imwinkelried e Garland afirmam que o acusado, para obter a imunidade da testemunha, tem que comprovar: (i) que a prova é claramente exculpatória, (melhor ainda se, por si só, já for suficiente para absolver); (ii) sua confiabilidade; (iii) sua essencialidade às teses defensivas apresentadas (não meramente cumulativa); (iv) a gravidade do crime praticado pela testemunha que irá ganhar imunidade, cotejando-se com a dificuldade que terá a promotoria para processá-la sem o testemunho (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 583-7). No mesmo sentido que Imwinkelried e Garland, ver KOBLITZ, Donald. “The Public has a Claim to Every Man’s Evidence: The Defendant’s Constitutional Right to Witness Immunity”. **Stanford Law Review**, n. 30, p. 1220-1, 1978. No caso **Virgin Islands v. Smith**, a Corte de Apelação do 3º Circuito apontou pela possibilidade de concessão, pelo magistrado, de imunidade à testemunha, quando esta for essencial ao caso defensivo, como se pode verificar no seguinte trecho: “[T]he defendant must make a convincing showing [...] that the testimony which will be forthcoming is both clearly exculpatory and essential to the defendant’s case. Immunity will be denied if the proffered testimony is (...) ambiguous, not clearly exculpatory, [or] cumulative or if it [...] relate[s] only to the credibility of the government’s witnesses. Once (...) the defendant has satisfied this threshold burden, the focus then shifts to the consideration of the state’s countervailing interests, if any” (**Virgin Islands v. Smith**, 615 F.2d 964 [3d Cir. 1980]). Em sentido similar, mas indeferindo porque não se teria demonstrado que a prova seria essencial à defesa: **People v. Hunter**, 49 Cal. 3d 957 (1989).

⁹⁸⁰ “*The constitutional right of the accused to obtain immunity for his witnesses falls squarely within the language and purpose of the compulsory process clause*” (Ibid., p. 168). Amar acompanha Westen, mas com base no fundamento de que a *compulsory process clause* garantiria uma *compulsion parity* com a acusação, isto é, que não pode haver desequilíbrio entre as partes no que tange à prova testemunhal (AMAR, Akhil Reed, “Sixth Amendments First Principles”. **Georgetown Law Journal**, n. 84, p. 697-705, 1996). Em sentido contrário, Hill se afasta da corrente dominante e afirma que se faz uma leitura equivocada de **Washington v. Texas**, 388 US 14 (1967), **Davis v. Alaska**, 415 US 308 (1974) e **United States v. Nixon**, 418 US 683 (1974). Para o autor, não se pode obrigar a testemunha que está albergada por algum privilégio a declarar, impossibilitando-se, assim, a concessão de imunidades. Segundo Hill, deve-se tentar sempre a aplicação de medidas paliativas como o *dismissal of charges*, ou mesmo a exclusão do depoimento da testemunha (caso se trate de prova acusatória) (HILL, Alfred. “Testimonial Privilege and Fair Trial”. **Columbia Law Review**, v. 80, n. 6, p. 1174, 1980).

como verificado na decisão da Suprema Corte proferida em *Kastigar v. United States*.⁹⁸¹

O autor ressalta ainda que, na hipótese de não se obter alternativas para se tentar garantir, concomitantemente, o direito probatório do acusado e o interesse tutelado pelo privilégio, principalmente quando se tratar de interesses públicos (v.g., o sigilo de informações constantes em agências estatais), o Estado deverá escolher entre manter a persecução penal, afastando-se o privilégio, ou garantir tal interesse, sob pena de se abandonar a acusação formal.⁹⁸²

Isso porque, como bem assevera o autor, “nenhum interesse protegido por um privilégio é suficientemente importante para superar o direito da defesa de comprovar sua inocência através da apresentação de prova claramente exculpatória”.⁹⁸³

⁹⁸¹ **Kastigar v. United States**, 406 US 441 (1972). Sobre o referido julgamento ver: REEVES, Barbara A. “Notes, A Re-examination of Defense Witness Immunity: A new use for Kastigar”. **Harvard Journal on Legislation**, n. 10, p. 79, 1972. Cabe ressaltar, todavia, o alerta de Imwinkelried e Garland de que: “*The majority view is that the accused’s right must yield or give way to the privilege. The prevailing sentiment is that the accused has no right to supersede the witness’s Fifth Amendment privilege. The accused may not compel the witness to waive the privilege. Nor, according to the majority view, may the accused compel the prosecution to grant the witness immunity needed to supplant the privilege*”. Tal posicionamento refratário à concessão judicial de imunidade testemunhal se fulcra tanto na ideia de que tal medida só pode ser concedida pelo Poder Executivo (em razão da separação de poderes), quanto na possibilidade de gerar perigo de perjúrio combinado entre coautores (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 554-7). Assim, as cortes americanas têm concedido, como regra, a imunidade em casos nos quais a promotoria, ou mesmo a autoridade policial, intimidou a testemunha a arguir seu direito ao silêncio, uma vez que, nessas hipóteses, teria havido violação ao *due process* (Ibid., p. 568). Neste sentido, ver **United States v. Morrison**, 535 F.2d 223 [3d Cir. 1976]; **United States v. Lord**, 711 F.2d 887 [9th Cir. 1983]).

⁹⁸² Nesse sentido, Westen diz que, “*Where the conflict is unavoidable, however, the government must choose between its interests in prosecuting the defendant and preserving the privilege*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 162). Sobre a questão, a Suprema Corte também já se manifestou: “*The rationale of the criminal cases is that, since the Government who prosecutes an accused also has the duty to see that justice is done, it is unconscionable to allow it to undertake prosecution and then invoke its governmental privileges to deprive the accused of anything which might be material to his defense*” (**Reynolds v. United States**, 345 US 1 [1953], p. 12). Obviamente que o remédio dependerá do prejuízo gerado ao acusado, podendo gerar o *mistrial*, com a extinção do processo, ou mesmo o abandono da imputação pela acusação (*dismissal*) (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 163, nota 444).

⁹⁸³ Livre tradução do trecho: “[n]o interest protected by a privilege is sufficiently important to outweigh the defendant’s right to establish his innocence through the presentation of clearly exculpatory evidence” (Ibid., p. 161). Note-se que até mesmo o sigilo parlamentar, consubstanciado na *speech and debate clause*, prevista na Constituição Americana, poderá ser afastado em favor da defesa. Neste sentido, Imwinkelried e Garland, com base em análise jurisprudencial, afirmam que “*the accused’s constitutional right can also trump legislative privilege*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 627). Igualmente, quanto ao sigilo de imprensa: SWINGLE, Morley. “Constitutional Law – When Push Comes to Shove: The Newsman’s Privilege Versus the Criminal Defendant’s Right to Compulsory Process”. **Missouri Law Review**, n. 44, p. 791-2, 1979. Especificamente quanto ao sigilo jornalístico, Imwinkelried e Garland sustentam que o acusado deverá demonstrar que há mínimo indício de que o acesso à informação sigilosa lhe trará benefícios em questão relevante ao julgamento, bem como que não há outra fonte alternativa de prova, demonstrando ter exaurido todas as outras possibilidades probatórias (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 540-1). Neste sentido, ver **Farr v. Pitchess**, 522 F.2d 464 (9th Cir. 1975). A única exceção quanto à possibilidade de se afastar o privilégio em favor dos acusados revelaria-se nos segredos militares. Nesta hipótese, caso o material seja extremamente

Inclusive, essa é a razão pela qual as cortes estadunidenses têm conferido maior peso ao direito à prova defensiva do que às restrições probatórias advindas dos privilégios.⁹⁸⁴ Nesse sentido, eventuais interesses privados por eles tutelados, como o sigilo advogado-cliente,⁹⁸⁵ médico-paciente⁹⁸⁶ etc., igualmente não poderão ser opostos com o fim de reduzir o acesso à prova exculpatória, sendo certo que, caso o levantamento do segredo possa gerar prejuízo a uma das partes que dele se beneficiavam, a solução, segundo Westen, novamente é impedir que tais informações possam ser utilizadas para outros fins que não o de servir de prova absoluta para o acusado.⁹⁸⁷

3.6.4 O órgão responsável pelo controle da admissão da prova defensiva e a possibilidade de sua revisão no Processo Penal dos EUA

Estabelecidos os principais requisitos que devem ser considerados quando da admissão da prova requerida pela defesa, passa-se então à análise da possibilidade, e dos

relevante para a defesa, o governo teria três opções: (i) afastar o privilégio, determinando-se a impossibilidade de a informação ser repassada para terceiros; (ii) na forma do *Classified Information Procedures Act*, preparar um resumo da informação desejada, deletando as partes sigilosas; ou (iii) obrigar a acusação a desistir da imputação. Isso porque, na visão dos autores, o perigo da revelação da informação poderia atingir a própria República (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 630-2).

⁹⁸⁴ Em resumo, Imwinkelried e Garland afirmam que “*all the principal kinds of incompetency rules are assailable under the accused's right. When the rule rests on a doubt about the reliability of the witness' testimony, the defense can cite Washington and Rock. In contrast, if the rule is designed to effectuate an extrinsic social policy, the defense should rely on Roviario and Davis. [...] No incompetency rule is sacrosanct*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 231). E, especificamente quanto aos “privileges”, afirmam que “[...] *the vast majority of contemporary lower courts assume that the accused's constitutional right applies to evidentiary privileges and that if the excluded evidence is reliable and material enough, the right can override a privilege*” (Ibid., p. 484). Fato é que as cortes têm apresentado uma “*strong [...] antipathy*” com relação aos privilégios (WEISBERG, Robert. “Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges”. **Stanford Law Review**, n. 30, p. 990, 1978). Quando são mantidos os privilégios, isso se dá com base no baixo *probative value* da prova requerida (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 496 e ss.).

⁹⁸⁵ Sobre o sigilo advogado-cliente, Westen é categórico ao assentar que “[*t*]he privileges are unconstitutional, if at all, only in so far as they prevent the confidential communication from being used for the defense. The privileges can be modified to permit disclosure for the defense while prohibiting the disclosed information from being used against the client or penitent in future civil or criminal proceedings” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 173).

⁹⁸⁶ Sobre o sigilo médico, Westen afirma que: “*A privilege that denies the defendant the benefit of exculpatory testimony for insufficient reasons is unconstitutional as applied. [...] [I]t cannot demonstrate a compelling interest in permitting physicians to suppress exculpatory information in a criminal proceeding. [...] [S]ociety's interest in such candor is not likely to be harmed by permitting the physician to testify in the exceptional criminal case*” (Ibid., p. 171).

⁹⁸⁷ Ibid., p. 173

limites, de revisão, pelas cortes superiores, da decisão proferida pelo órgão jurisdicional de primeira instância.

Embora as Cortes de apelação venham, de certa forma, mantendo o posicionamento do magistrado de primeiro grau acerca de questões probatórias⁹⁸⁸ – mormente quando para a decisão seja necessária a análise de circunstâncias cognoscíveis apenas pelo juízo inferior (v.g., a credibilidade concreta da testemunha ou voluntariedade da confissão, sempre verificadas com base no comportamento dos depoentes) –, a análise da admissibilidade probatória, sem dúvida alguma, poderá ser revista pelos tribunais,⁹⁸⁹ mesmo porque “os magistrado de revisão estão indiscutivelmente em posição tão boa quanto o juiz responsável pelo julgamento para determinar a relevância lógica” da prova.⁹⁹⁰ Como bem asseveram Imwinkelried e Garland, “o juiz do julgamento não tem o monopólio da lógica ou da experiência de vida”.⁹⁹¹

E tal posicionamento restou claro em *Eddings v. Oklahoma*,⁹⁹² no qual a Suprema Corte, dando continuidade à tese já externada em *Lockett v. Ohio*,⁹⁹³ reafirmou sua competência em rever a decisão dos órgãos inferiores acerca da relevância da prova requerida pela defesa.⁹⁹⁴

Embora o caso *Eddings* versasse sobre hipótese em que a pena capital seria uma das possíveis sanções penais aplicáveis, o quê, por si só, justificaria a possibilidade de revisão das

⁹⁸⁸ Neste sentido, ver MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence:** from the federal rules to the courtroom, p. 51. Interessante sobre o tema é a ponderação de Dripps, para quem uma das razões utilitárias para a manutenção da decisão proferida pelo juiz de primeira instância é o fato de que “*retrial is a costly remedy*” (DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to put on a Defense”. **Southern California Law Review**, p. 1412).

⁹⁸⁹ Há até a *Rule 103(a)* das FRE, que prevê expressamente tal hipótese, ao regrar a forma procedimental para arguição, junto às Cortes Revisoras, do indevido indeferimento da prova pelo magistrado de primeira instância. Como bem ressaltado por Westen: “*The constitutional doctrine [...], which has received most of its shape in federal courts in the past ten years, tends to give the defendant’s interests nearly an absolute weight whenever exculpatory evidence is readily available and considerable weight whenever the evidence is potentially available; furthermore, the constitutional doctrine vests substantial authority in appellate courts to review lower court judgments*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 306).

⁹⁹⁰ Livre tradução do trecho: “*the appellate judges are arguably in as good a position as the trial judge to determine logical relevancy*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 235).

⁹⁹¹ Livre tradução do trecho: “*the trial judge has no monopoly on logic or life experience*”. Seguem ainda afirmando Imwinkelried e Garland que “*for that reason, it is feasible to subject the trial judge’s logical relevance rulings to de novo review on appeal*” (Ibid., p. 235).

⁹⁹² **Eddings v. Oklahoma**, 455 US 104 (1982).

⁹⁹³ **Lockett v. Ohio**, 438 US 586 (1978).

⁹⁹⁴ “*In Eddings, the Court reserved to the trial judge the power to determine the weight to be ascribed to mitigating evidence. However, the Court claimed and exercised the power to independently assess the admissibility and logical relevance of defense evidence offered as mitigating matter*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 181, 237-8).

decisões proferidas pelos juízos inferiores, tanto em *Smith v. Illinois*⁹⁹⁵ quanto em *Crane v. Kentucky*,⁹⁹⁶ a Suprema Corte assentou a legitimidade de reanálise da relevância legal da prova a todo e qualquer caso penal.⁹⁹⁷ No caso *Smith*, reverteu-se decisão do juiz do *trial* que havia indeferido pedido defensivo para ter acesso ao nome e ao endereço da testemunha de acusação, enquanto no caso *Crane*, o acusado pretendia ouvir determinada testemunha acerca das circunstâncias que teriam envolvido sua confissão, com fins a questionar sua confiabilidade e carga probatória, e, embora tenha o magistrado do caso julgado tal requerimento probatório irrelevante para tal fim, a Suprema Corte reverteu a medida.

Assim, não há dúvidas de que, no sistema norte-americano, não cabe apenas ao juiz de primeira instância, de forma absolutamente discricionária,⁹⁹⁸ decidir se admite ou não a produção e a introdução de determinada prova no processo. Sempre que houver abuso do poder de análise da admissibilidade da prova pelo magistrado, a Corte de revisão poderá alterá-la para determinar sua imediata produção.⁹⁹⁹

Cabe ressaltar, todavia, que as Cortes norte-americanas, em reforço àquilo prescrito pela *Federal Rule of Evidence* 103(a)¹⁰⁰⁰ (que versa sobre a teoria do *harmless error*), têm comumente apontado a eventual *immateriality* da prova como fundamento válido a justificar a negativa de revisão da decisão, quando, em que pese o erro com relação à exclusão de determinada prova, tal equívoco não for suficiente para alterar a sentença.¹⁰⁰¹ Por tal razão, passa-se, no ponto seguinte, à análise do conceito de prova “material” no sistema processual penal dos EUA.

⁹⁹⁵ **Smith v. Illinois**, 390 US 129 (1968).

⁹⁹⁶ **Crane v. Kentucky**, 476 US 683 (1986).

⁹⁹⁷ Imwinkelried e Garland, ressaltando o farto posicionamento jurisprudencial a favor da revisão dos critérios de inadmissão da prova defensiva pelos órgãos jurisdicionais superiores, afirmam que: “*several other Supreme Court precedents demonstrate that, as under the second component of the Lockett doctrine, the appellate court has the constitutional authority to review de novo the trial judge’s determination of whether the excluded evidence was logically relevant to an element of the crime or defense, as currently defined*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 238).

⁹⁹⁸ A revisão pelas cortes visa afastar o *abuse of discretion* do juiz. Neste sentido, ver MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 51.

⁹⁹⁹ Sobre a questão, Westen afirma que “[t]he judgment of the court in weighing such factors is entitled to considerable deference and is reviewable only for manifest abuse of discretion” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 207).

¹⁰⁰⁰ “*Preserving a Claim of Error. A party may claim error in a ruling to admit or exclude evidence only if the error affects a substantial right of the party and [...].*”

¹⁰⁰¹ A Suprema Corte norte-americana já assentou que se deve verificar “*what effect the error had or reasonably may be taken to have had upon the jury’s decision*” (**Kotteakos v. US**, 328 US 750 [1946], p. 764).

3.6.4.1 A ausência de materialidade (*immateriality*) como critério para a manutenção da inadmissão da prova em sede de juízo revisional

Ainda que a prova inadmitida seja relevante, em juízo revisional, não se alterará a equivocada decisão das Cortes inferiores se o elemento probatório que o acusado pretende produzir for “imaterial”, ou seja, não apresente qualquer possibilidade de alterar o resultado final do julgamento, não se podendo inferir daí qualquer violação ao direito à prova defensiva.¹⁰⁰² Tal análise, por evidência, sempre demandará o cotejo, pelas Cortes revisionais, da prova inadmitida em face dos demais elementos probatórios efetivamente produzidos no processo.¹⁰⁰³

Afirmar, portanto, que determinada prova é “imaterial”, seria atestar que sua exclusão não gerou qualquer prejuízo à parte,¹⁰⁰⁴ ou seja, que o erro judicial relativo à sua inadmissão seria claramente irrelevante (*harmless error*).¹⁰⁰⁵

Nessas hipóteses, aplica-se a *Federal Rule of Evidence* 103(a), que exige a manutenção da decisão, em que pese o erro procedimental, sempre que, além da arguição tempestiva e substanciada, um direito substancial da parte não tenha sido afetado. Pode-se dela inferir, então, como explicado por Mengler, que não se revisará a decisão de inadmissibilidade da prova quando às partes “foi possibilitado apresentarem razoavelmente o

¹⁰⁰² Sobre a diferença entre ambas as hipóteses, Westen afirma que: “*testimony that is irrelevant in the sense that it does not logically tend to exculpate him is not testimony ‘in his favor’; testimony that is immaterial in the sense that it – or the issue to which it relates – cannot affect the outcome of the case is testimony of no constitutional significance*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **MICHIGAN LAW REVIEW**, p. 150).

¹⁰⁰³ “*Whether the testimony is material depends upon its particular relationship to other evidence at trial rather than upon its general form*” (Idem. “Compulsory Process II”. **MICHIGAN LAW REVIEW**, p. 225). No mesmo sentido, Inwinkelried e Garland afirmam que, quando da análise da *materiality* da prova, a Corte deverá considerar tanto a prova excluída quanto aquelas que foram permitidas e utilizadas pelo acusado no julgamento, averiguando-se “*the context of the whole case*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 345).

¹⁰⁰⁴ “*To say that a witness is ‘material’ is simply another way of saying that his wrongful exclusion is prejudicial*” (Ibid., p. 223). Interessante se verificar, todavia, que, exatamente porque os institutos da *common law*, mesmo que posteriormente positivados, são desenvolvidos com base na praxe forense, muitas vezes suas classificações e definições não se revelam tão estanques quanto deveriam, gerando certa confusão ao aplicador do direito. Nesse diapasão, as Cortes norte-americanas, por vezes, têm se mostrado vacilantes na delimitação da linha que separa os conceitos de “relevância” e “materialidade”.

¹⁰⁰⁵ “*For to say that evidence is material to the defendant’s case is simply another way of saying that its exclusion would be prejudicial by federal standards; conversely, to say that evidence is immaterial is another way of saying that its exclusion would be harmless by federal standards*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **MICHIGAN LAW REVIEW**, p. 214-5). Crítico acerca da necessidade de análise do possível prejuízo à defesa como critério para a revisão da decisão de inadmissão da prova requerida, Lord Phillips, integrante da Suprema Corte do Reino Unido, em discussão similar no sistema inglês, já afirmou que: “[i]n theory any item of probative evidence may make all the difference between conviction and a acquittal”, já que “[i]t may be the vital piece of evidence which tilts the scales enough to satisfy the tribunal beyond reasonable doubt that the defendant is guilty” (**R. v. Horncastle and others**, UKSC 14 [2009], § 88).

núcleo do seu caso ao julgador, sem a existência de excesso de prejuízo que viesse a viciar sua apresentação”.¹⁰⁰⁶

Obviamente que tal dispositivo, porque focado no valor “justiça” da decisão final, apresenta alto grau de abstração, gerando, assim, a falta de uniformidade da aplicação da lei pelas Cortes,¹⁰⁰⁷ minando também, por consequência, a utilização de suas decisões como fonte válida de interpretação da referida norma.¹⁰⁰⁸ O fato de a própria Suprema Corte norte-americana não ter desenvolvido um padrão para a determinação da “materialidade” nos casos concretos – devendo ele, portanto, ser extraído de casos pontuais por ela analisados¹⁰⁰⁹ – contribui ainda para a dificuldade de abordagem do tema.

Em *Moore v. Illinois*,¹⁰¹⁰ por exemplo, a Suprema Corte decidiu que uma prova requerida pela defesa que buscava afastar a credibilidade das testemunhas de acusação sob o fundamento de que a identificação do acusado teria sido fruto de confusão mental, não seria “material” porque, ainda que produzida, seria insuficiente para afastar a credibilidade da prova oral acusatória.¹⁰¹¹ Nota-se, claramente, que a análise da materialidade da prova envolveu a verificação de sua possível influência no julgamento, em cotejo com os demais elementos probatórios apresentados ao julgador, todavia, não se estabeleceu qualquer padrão que pudesse ser replicado em outros julgamentos.¹⁰¹²

Todavia, é evidente que, por se tratar a “imaterialidade”, ainda que indiretamente, de

¹⁰⁰⁶ Livre tradução do trecho: “*were able to present the core of their case fairly to the fact-finder, without too much prejudice poisoning their presentation*” (MENGLER, Thomas M. “The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence”. *Iowa Law Review*, n. 74, p. 454, nota 4, 1989).

¹⁰⁰⁷ LEMPET, Richard O. et al. **A Modern Approach to Evidence**: text, problems, transcripts and cases, p. 160. Apresentando diversos critérios de abordagem para a materialidade da prova, ver IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence**: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence, p. 87-95.

¹⁰⁰⁸ MENGLER, Thomas M. “The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence”. *Iowa Law Review*, p. 454, nota 4. Todavia, há quem sustente que a utilização da *harmless error doctrine* pode ser positiva para evitar que em *hard cases*, crie-se *bad law*, ou seja, para hipóteses em que, embora o resultado seja justo, a norma probatória foi efetivamente violada, fazendo com que se mostre necessário lhe dar uma interpretação equivocada e distorcida apenas para manter a decisão recorrida (LEMPERT, Richard O. et al. **A Modern Approach to Evidence**: text, problems, transcripts and cases, p. 161).

¹⁰⁰⁹ WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 217.

¹⁰¹⁰ *Moore v. Illinois*, 408 US 786 (1972).

¹⁰¹¹ Note-se que não há dúvidas de que uma prova poderá ser relevante para a defesa não apenas se ela puder atestar diretamente a inexistência dos fatos imputados, mas também quando ela visar a impugnar a credibilidade das testemunhas acusatórias, e, com isso, indiretamente afastar o *standard* probatório necessário para condenar. Neste sentido, Westen afirma que “*a witness favors the defendant if this testimony tends to defeat an element of the state’s case, whether this is accomplished by testifying directly to the underlying events at issue or by testifying indirectly to the reliability to the state’s witnesses*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 234). Todavia, no caso em questão, a Suprema Corte indeferiu a prova por ser *immaterial*, ou seja, insuficiente para afastar a credibilidade da prova oral acusatória.

¹⁰¹² Em comentário a tal decisão, Westen afirma que “*accordingly, though evidence may be favorable and relevant to a defendant’s case, he has no right to produce it if the impact of its exclusion will be too insignificant in the context of the other evidence presented at trial to have any material bearing on the outcome*” (Ibid., p. 214).

hipótese de restrição do direito probatório do acusado, as limitações dela decorrentes não poderão ser tratadas de forma tão extensa a ponto de atingir o direito ao *compulsory process*.¹⁰¹³

Essa é a razão pela qual a Corte de Apelação do 5º Circuito já assentou que, para ser legítimo o indeferimento da prova defensiva, deve restar claro, além de toda dúvida razoável, a absoluta ausência de prejuízo ao defendente.¹⁰¹⁴ Assim, para que se altere, em juízo revisional, a decisão de inadmissibilidade, não há a necessidade de que a defesa comprove cabalmente, em sua impugnação, que a prova efetivamente modificaria o resultado final, bastando, então, demonstrar, de forma razoável, que poderia ter gerado tal alteração.¹⁰¹⁵

Nesse mesmo sentido, em *Giglio v. United States*,¹⁰¹⁶ a Suprema Corte estabeleceu que, para uma demonstração de materialidade por parte da defesa, basta que se estabeleça que a prova “poderia [...] em qualquer probabilidade razoável, ter afetado o julgamento”.¹⁰¹⁷ Ou seja, trata-se de uma análise reversa, em que se verifica hipoteticamente se, uma vez produzida a prova, e comprovado aquilo que ela pretende, ainda assim provavelmente se teria atingido o *standard* probatório necessário para a condenação,¹⁰¹⁸ o que tornaria sua produção desnecessária à defesa.

¹⁰¹³ “*State (and federal) standards of materiality and relevance could conflict with compulsory if redefined so narrowly as to prevent the defendant from introducing probative evidence ‘in his favor’ that might influence the outcome of the trial*” (Idem. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 150, nota 382).

¹⁰¹⁴ Mencionando o posicionamento da Corte de Apelação do 5º Circuito, ver Idem. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 217.

¹⁰¹⁵ Como alerta Westen: “[...] it is important to understand that the test of materiality represents an attempt to determine, not what effect the exculpatory evidence would actually have had on the original jury, but rather what effect it could have reasonably had” (Ibid., p. 222, nota 106).

¹⁰¹⁶ **Giglio v. United States**, 405 US 150 (1972).

¹⁰¹⁷ Nas palavras da Corte, se a prova excluída “could [...] in any reasonable likelihood have affected the judgment of the jury” (**Giglio v. United States**, 405 US 150 [1972], p. 154). Em sentido similar: **Delaware v. Van Arsdall**, 475 US 673 (1986); **Olden v. Kentucky**, 488 US 227 (1988). Na doutrina, defendendo que basta que a prova excluída pudesse, em tese, afetar o resultado do julgamento, sem a necessidade de comprovação cabal disso, ver MAHONEY, Mark J. “The Right to Present a Defense”. **Superstar Trial Seminar**, p. 82.

¹⁰¹⁸ “Thus, instead of trying to determine whether erroneously admitted evidence may have actually influenced the jury, the Court puts aside the evidence, and proceeds to determine (beyond a reasonable doubt) whether a reasonable person, considering the evidence on an error-free basis, would have had to reach the same result” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. **Michigan Law Review**, p. 220, nota 95). Neste sentido, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia determinou a realização de novo julgamento, uma vez que a prova defensiva indeferida “might have led the jury to entertain a reasonable doubt about appellant’s guilt” (**United States v. Lemonakis**, 485 F.2d 941 [1973], p. 964).

4 UMA RELEITURA DA LIMITAÇÃO À ADMISSÃO DA PROVA DEFENSIVA NO SISTEMA BRASILEIRO COM BASE NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Como visto no Capítulo I, o direito à prova defensiva é garantia fundamental albergada por tratados internacionais de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Ele é fulcrado no princípio da ampla defesa, constitucionalmente prevista, e na busca pela verdade como garantia legitimante do Processo. Com base em tal premissa, as limitações probatórias previstas em nossa legislação infraconstitucional devem ser reinterpretadas principalmente na forma como elas vêm sendo aplicadas por nossos tribunais, buscando-se a máxima eficácia da produção de prova exculpatória,¹⁰¹⁹ uma vez que a praxe forense apresenta “numerosas normas e mecanismos processuais que entorpecem inutilmente a busca da verdade”.¹⁰²⁰

Não há dúvidas de que o direito à prova, enquanto direito fundamental assegurado a ambas as partes da relação processual, deverá sempre figurar como uma das prioridades no sistema processual.¹⁰²¹ Mas quando ele se reveste da necessidade de produção de prova a favor do acusado, a exigência do exercício de sua defesa de forma ampla, bem como o escopo protetivo do cidadão revelado pelo Processo Penal, faz com que a preocupação com a prova defensiva deva receber ainda mais proeminência frente aos demais interesses tutelados.

A restrição indevida, ou de forma desproporcional, ao direito à prova defensiva acaba por atingir a dignidade da pessoa humana do acusado, devendo-se evitá-la, ainda que às custas de eventual eficiência estatal.¹⁰²² O objetivo da proteção de interesses sociais, normalmente fulcrados na eficiência do sistema penal exigida pela necessidade da proteção da segurança pública, não poderá ser, ao menos *a priori*, apto a autorizar, por si só, o afastamento de direitos individuais.¹⁰²³

Não se pode diminuir a extrema importância do direito à prova do acusado sob o

¹⁰¹⁹ Como bem afirmado por Cambi, “o reconhecimento de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, dependentes de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornem impossível ou excessivamente difícil a utilização de meios probatórios” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 35).

¹⁰²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 50.

¹⁰²¹ Cambi afirma que o direito à prova não pode figurar como exercício meramente residual (Ibid., p. 38).

¹⁰²² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 129.

¹⁰²³ Como bem ressaltado por Dworkin: “If we now say that society has a right to do whatever is in the general benefit, or the right to preserve whatever sort of environment the majority wishes to live in, and we mean that these are the sort of rights that provide justification for overruling any rights against the Government that may conflict, then we have annihilated the latter rights” (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 194).

simplório – e falso – fundamento de que se trataria de mero direito individual, de interesse unicamente privado, que justificaria, portanto, sua subserviência frente os interesses coletivos ou públicos. Isso porque sempre haverá um interesse público subjacente ao respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, configurando-se sua proteção algo relevante a toda a sociedade, e não apenas àquele cidadão individualizado que eventualmente teve o seu direito à prova relativizado no caso concreto.¹⁰²⁴

Inclusive, a aplicação pelo magistrado dos critérios legais de limitação do exercício ao direito à prova muitas vezes acaba por incidir no único meio que a defesa dispõe para provar determinado fato, devendo tal restrição, porque absoluta, ser considerada inconstitucional, uma vez que afasta do réu qualquer mínima possibilidade de influir no convencimento judicial.¹⁰²⁵

Não se está aqui a professar a absoluta impossibilidade de se limitar a produção probatória defensiva, deixando-se o desenrolar do trâmite procedimental à mercê de caprichos indevidos do acusado. Deve-se, todavia, exigir-se que, para se legitimar a relativização de interesse processual penal tão relevante, sejam utilizados critérios racionais, fulcrados na proporcionalidade,¹⁰²⁶ evitando-se, assim, que o prejuízo ao direito de defesa seja maior do que o necessário para a salvaguarda de eventual interesse que se busca proteger com a norma restritiva.

Assim, como bem afirmado por Ferrajoli, “é tarefa – não só civil e política, mas antes científica – do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores”.¹⁰²⁷ Ainda segundo o autor:

[...] as condições substanciais da validade, e exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos valores – como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos do cidadão – cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.¹⁰²⁸

Há de se questionar, então, se a interpretação atualmente conferida pelos magistrados

¹⁰²⁴ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 138.

¹⁰²⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 39.

¹⁰²⁶ Conforme ressaltado por Nery Jr.: “Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado ‘lei de ponderação’, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado” (NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 152).

¹⁰²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 701.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 701. As condições formais de validade diriam respeito, segundo o autor, à regularidade na formação da norma.

às regras limitativas do exercício do direito à prova defensiva – principalmente aquela prevista no parágrafo 1º do art. 400 do CPP – encontra fundamento de validade na Constituição, ou se os órgãos jurisdicionais estão se utilizando de critérios equivocados para afastar o direito fundamental do acusado em contribuir para o convencimento judicial.

Para tal análise, a ser realizada nas seções seguintes do trabalho, sempre que necessário, se buscará parâmetros com base na clássica doutrina de Robert Alexy. Este, ao distinguir conceitualmente princípios de regras jurídicas,¹⁰²⁹ afirma que os primeiros, por se tratarem de mandados de otimização do sistema, deverão ceder ante a outro princípio que com ele entre em colisão no caso concreto, sem que qualquer um dos dois seja considerado inválido, resolvendo-se tal choque com a análise de seus pesos.¹⁰³⁰

Ainda segundo Alexy, a técnica da ponderação advinda da aplicação da “proporcionalidade em sentido estrito”, consubstanciada no terceiro subprincípio da máxima da proporcionalidade – sendo os outros dois a “adequação” (“idoneidade”) e a “necessidade”¹⁰³¹ – deverá ser utilizada para subsidiar a decisão acerca de quanto o princípio preponderante irá restringir aquele de menor peso,¹⁰³² uma vez que será a importância do princípio fomentado que justificará a intensidade da restrição¹⁰³³ e informará, na hipótese ora estudada, a melhor interpretação (e aplicação) da regra probatória restritiva, produzindo assim uma norma constitucionalmente válida. Assim, como bem ressalta Eduardo Cambi:

[...] toda norma que exclua a possibilidade de servir-se de um meio de prova relevante entra em conflito com o direito à prova, o qual, todavia, pode se restringido quando, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, outros valores constitucionais devam ser considerados hierarquicamente superiores ao

¹⁰²⁹ As regras, segundo Alexy, contém determinações que deverão ser cumpridas integralmente, desde que encontrem validade nas normas de hierarquia superior. Assim, sempre que houver conflito entre regras, uma será integralmente afastada, em benefício daquela julgada válida, seguindo a técnica do “tudo ou nada” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdés [Trad.]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 e ss.

¹⁰³⁰ Ibid., p. 89.

¹⁰³¹ Ambas revelam as possibilidades fáticas da aplicação de determinado direito fundamental, sob a forma de princípio. Acerca do critério da adequação (ou idoneidade), Alexy afirma que o meio utilizado para atingir o fim objetivado pelo direito fundamental, e que importará na restrição do princípio colidente, deverá ser adequado para atingi-lo, sob pena de ser afastado. Quanto à necessidade, esta se revela na ideia de que a relativização do princípio ponderado apenas se justifica caso seja verificado que os fins do direito fundamental preponderante não poderão ser atingidos de nenhuma outra forma (Ibid., p. 113-5). Note-se, ainda, que, conforme salientado por Afonso da Silva, apenas se decide com base no terceiro elemento, da proporcionalidade em sentido estrito, após terem sido superados os dois primeiros subprincípios, razão pela qual, entre os três, há uma relação de subsidiariedade (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 34, abr. 2002).

¹⁰³² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 111 e ss.

¹⁰³³ Alexy estabelece um escalonamento da intensidade de intervenção possível no princípio contraposto, podendo ser de grau “leve”, “médio” e “grave”. Além disso, ainda segundo o autor, deverá ser analisado, também, pelo operador do direito, os graus de importância ao fomento do fim buscado pelo princípio preponderante (Idem. “Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade”. Luís Afonso Heck [Trad.]. **Revista de Direito Privado**: São Paulo, v. 6, n. 24, p. 340 e ss, out.-dez. 2005).

esclarecimento dos fatos em juízo.¹⁰³⁴

A regra da proporcionalidade ganha, portanto, enorme importância no sistema processual, sendo até mesmo vista como norma fundamental da ordem jurídica,¹⁰³⁵ pois, ao permitir a convivência entre princípios e interesses muitas vezes contrastantes, atende à exigência de validação das normas individuais aplicadas no caso concreto.¹⁰³⁶

Ressalte-se, entretanto, que não há a necessidade de se afastar por completo a validade dos dispositivos legislativos que limitam a produção probatória, mas apenas de se readequar sua interpretação para que não entrem em conflito com o princípio da ampla defesa, do qual o direito à admissão da prova exculpatória decorre, conformando-os com a Constituição.¹⁰³⁷

Há de se questionar sempre, então, na interpretação conferida à regra de inadmissibilidade da prova a ser produzida pela defesa, se o interesse ou valor¹⁰³⁸ que se busca tutelar com a restrição probatória é mais relevante, pelas circunstâncias do caso concreto, que o interesse do acusado de se defender provando; e mais, caso seja positiva tal resposta, em que grau que pode ser restringido o direito fundamental à prova defensiva¹⁰³⁹ para que dele não se retire seu núcleo fundamental e inalienável¹⁰⁴⁰ em dignidade da pessoa humana.^{1041,1042}

¹⁰³⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 83.

¹⁰³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, p. 200, maio 2000).

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 202.

¹⁰³⁷ Até porque as leis infraconstitucionais apenas se justificam, e podem ser consideradas válidas, se em consonância com nossa Magna Carta. Neste sentido, dentre todos, ver BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 151-152.

¹⁰³⁸ Como afirmado por Alexy, há uma relação intrínseca entre princípios e valores, senão vejamos as palavras do próprio autor: “Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 138).

¹⁰³⁹ Como bem ressaltado por Malan, “a aplicação casuística da técnica da ponderação envolve três etapas: em um primeiro momento, deve ser demonstrado o grau de restrição a um determinado direito fundamental; em seguida, deve ser comprovada a importância da tutela do princípio contrário a ele; por fim, deve ser provado que tal importância do princípio contrário justifica a restrição do direito fundamental” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 132).

¹⁰⁴⁰ Não se podem admitir restrições tão intensas a um direito fundamental que levem ao seu absoluto esvaziamento. Neste sentido, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 418; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 118. Não se ignora aqui, ainda, divergência entre a teoria absoluta, que defende a existência de um núcleo duro, abstrato, em dignidade da pessoa humana em cada direito fundamental, e a teoria relativa, que sustenta que a análise de tal núcleo somente poderá ser realizada após o processo de ponderação. De toda forma, fato é que tal núcleo deverá ser sempre respeitado. Sobre a questão, defendendo a aplicação da teoria relativa, ver SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 111 e ss.

¹⁰⁴¹ Acerca deste princípio, Afonso da Silva afirma que: “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...]. Daí decorre que a

Como bem apontado por Imwinkelried e Garland,¹⁰⁴³ em análise da jurisprudência norte-americana, deverão ser considerados como “fatores da ponderação”, dentre outras circunstâncias do caso concreto: (a) a existência de prova defensiva alternativa admissível;¹⁰⁴⁴ (b) o possível grau de confiabilidade da prova pleiteada, em comparação com as demais já requeridas;¹⁰⁴⁵ (c) o valor que a prova potencialmente agregará à tese defensiva,¹⁰⁴⁶ com base no número de inferências necessárias para comprovar aquilo que se pretende, bem como na força dessas inferências; e (d) a importância da questão que será comprovada, isto é, se trata-se de elemento central à imputação (v.g. conduta, resultado, autoria etc) ou meramente subsidiário.

Será exatamente através da fundamentação da decisão judicial, com o apontamento de tais questões, que se demonstrará a justificação teleológica da restrição probatória, ou seja, que a limitação ao direito à prova defensiva apresenta uma “finalidade legítima, do ponto de vista constitucional, e socialmente relevante”.¹⁰⁴⁷

Com base naquilo que foi ora exposto, buscar-se-á nas seções seguintes enfrentar os principais pontos de tensão que são encontrados na praxe forense brasileira no que tange à limitação do exercício ao direito à prova defensiva – sem a vã pretensão de esgotar todos os seus questionamentos. Serão trazidos subsídios e soluções, no que aplicável, a partir da longa experiência norte-americana advinda do uso casuístico da *law of evidence* para se estabelecer critérios minimamente rígidos e previsíveis a orientar o magistrado quando do momento processual da admissão da prova.

Obviamente que não se podem ignorar aqui as diferenças encontradas entre os institutos que permeiam o sistema processual penal brasileiro, influenciado pelo sistema da *civil law* verificado na Europa Continental, e aqueles de origem anglo-saxônica que instruem

ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana” (SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 92, abr.-jun. 1998).

¹⁰⁴² Neste sentido, Guerra Filho sustenta que, no núcleo essencial de um direito fundamental, “se acha inculpada a dignidade humana” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, p. 197). Em sentido contrário, todavia, afirmando que a dignidade da pessoa humana não necessariamente se confundiria com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 119.

¹⁰⁴³ IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 70. Conforme analisado na Seção III.6.3.

¹⁰⁴⁴ Uma vez que, caso seja a única prova disponível, haverá maior necessidade de sua produção.

¹⁰⁴⁵ Como, por exemplo, se já foram arroladas outras testemunhas verdadeiramente equidistantes aos fatos.

¹⁰⁴⁶ Se este revela-se, de forma hipotética, excessivamente diminuto frente às várias outras provas defensivas já requeridas ou produzidas.

¹⁰⁴⁷ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 135.

o sistema norte-americano, de matriz adversarial.¹⁰⁴⁸

Todavia, a simples existência de origens diversas, por si só, não se revela como fundamento hábil para se invalidar os possíveis benefícios advindos do estudo comparado da experiência jurídico-processual norte-americana, na medida em que, muitas vezes, problemas práticos advindos da lide forense se manifestam de forma similar em países com sistemas contrapostos, fazendo com que as soluções encontradas em um deles possam efetivamente subsidiar o aperfeiçoamento dos demais.

Evidentemente, deve-se evitar a realização de “transplantes legais” dos institutos de um sistema para o outro sem que, previamente, se verifiquem (i) as principais características daquele instituto que se pretende importar; bem como (ii) a sua compatibilidade com o sistema receptor.¹⁰⁴⁹

Como bem ressaltado por Damaška, “a música da lei muda, por assim dizer, quando os instrumentos musicais e os músicos não são mais os mesmos”.¹⁰⁵⁰ Isso porque questões culturais e institucionais podem impedir que o sistema receptor da influência legal internacional introduza o instituto transplantado de forma similar à que ele foi inicialmente concebido – o que pode levar até mesmo a um distanciamento dos sistemas, ao invés de uma aproximação.¹⁰⁵¹

Entretanto, no que tange às feições do instituto do direito à prova defensiva no sistema norte-americano – cujas formas de limitações foram analisadas no Capítulo III com o fim de apreender parâmetros para a readequação do nosso sistema processual penal – verificou-se que a melhor doutrina o relaciona à cláusula do *compulsory process clause* prevista na Sexta Emenda da Constituição dos EUA, configurando garantia fundamental advinda do devido processo legal, e devendo, por isso, ser respeitada por todas as cortes da Federação.¹⁰⁵² Como

¹⁰⁴⁸ Conforme apontado na Seção III.1.

¹⁰⁴⁹ Isso para se evitar as críticas que Renato Stanzola fez a algumas reformas do processo penal brasileiro que se utilizaram de experiência de ordenamentos estrangeiros. Segundo o autor: “[...] as escolhas de conformações legislativas do processo penal brasileiro em tempos recentes são uma mistura de falta de cuidado de diagnóstico (com o que existe e se quer transplantar) e falta de responsabilidade no prognóstico (pois não há como se acomodarem modelos tão estranhos dentro do mesmo sistema jurídico enquanto a mimetização não passar de um aprotietamente tópico, sem qualquer justificativa e nem muito menos com compromisso com a estrutura na qual determinada norma estrangeira passará a incidir” (VIEIRA, Renato Stanzola. “O que vem depois dos ‘legal transplants’? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 800, maio-ago. 2018).

¹⁰⁵⁰ Livre tradução do trecho: “*the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same*” (DAMAŠKA, Mirjan. “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”. **American Journal of Comparative Law**, v. 45, p. 840, 1997).

¹⁰⁵¹ Neste sentido, Jackson e Summers afirmam que: “attempts to import ‘foreign’ solutions often lead to practices being ‘translated’ in a different way and this can lead to fragmentation and divergence rather than convergence within the systems concerned” (JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**, p. 7).

¹⁰⁵² Conforme Seção III.3.

apontado pelo *chief justice* Marshall, no julgamento de Aaron Burr, a *compulsory process clause* garante ao réu a possibilidade de apresentar uma defesa consistente, independentemente da natureza do elemento probatório requerido, bem como da importância do interesse contraposto à sua produção.¹⁰⁵³

Essa é a razão pela qual LaFave et al, em análise das decisões da Suprema Corte acerca do tema nas últimas décadas, assentam pela existência de requisitos mínimos de respeito ao direito à prova defensiva – que aqui também devem ser observados –, entre os quais, se incluem:¹⁰⁵⁴ (i) a obrigação de o acusador conceder acesso à defesa às provas exculpatórias de que tem conhecimento; (ii) a proibição da destruição de prova relevante à defesa por má-fé do Estado; (iii) a obrigação estatal de garantir poderes suficientes à defesa para a produção probatória na fase de julgamento; (iv) a obrigação do Estado de assistir a defesa até mesmo na busca pela obtenção de provas; e (v) a evidente proibição de que o Estado crie obstáculos para a obtenção da prova exculpatória.¹⁰⁵⁵

Assim, tanto lá quanto cá, verifica-se a existência de um direito fundamental do acusado em obter qualquer elemento de convicção apto a sustentar suas teses em juízo, exigindo-se seu devido respeito pelos órgãos estatais.

Viu-se ainda no Capítulo III que o simples fato de o sistema processual penal norte-americano ser marcado fortemente pela presença da instituição do júri, o que justificou, sem qualquer dúvida, o maior desenvolvimento dos critérios de controle da admissibilidade da prova a ser produzida ao longo do processo, não faz com que as limitações probatórias estabelecidas nas *Federal Rules of Evidence* (FRE) (instrumento legislativo que rege a produção probatória nas cortes federais) sejam aplicáveis somente em casos em que jurados figuram como juízes do fato, uma vez que o referido corpo normativo incide até mesmo nas hipóteses de *bench trial*.¹⁰⁵⁶

Não se verificam, portanto, maiores problemas estruturais no que tange à compatibilidade da importação de alguns de seus conceitos ao nosso sistema processual penal majoritariamente permeado por juízes togados.

Ressalte-se, ainda, que a busca, aqui proposta, por soluções no sistema norte-americano para eventuais equívocos no regramento das limitações ao direito à prova defensiva no sistema jurisdicional brasileiro leva em conta o contexto institucional de ambos

¹⁰⁵³ Conforme Seção III.4.

¹⁰⁵⁴ Conforme Seção III.3.

¹⁰⁵⁵ Ibid., p. 409.

¹⁰⁵⁶ Conforme Seção III.5.

os ordenamentos,¹⁰⁵⁷ isto é, a forma como os principais atores do processo (juiz, acusador, réu e defensor) se portam ao longo do trâmite processual nos dois países.¹⁰⁵⁸

Nesse ponto, não há dúvidas de que o contexto do Processo Penal norte-americano difere do nosso. O sistema processual penal daquele país é claramente inspirado no modelo adversarial, embasado, então, na ideia de que as partes devem sempre ser tratadas de forma equânime pela lei, para que se garanta o *fair trial*, assumindo o magistrado, em razão do princípio dispositivo, posição predominantemente inerte frente à atividade das partes.

Ainda assim, como visto nas seções do Capítulo III, mesmo tratando-se de sistema menos permissivo do que o nosso no que tange à ingerência judicial para garantir a paridade das partes no curso da atividade probatória, a jurisprudência norte-americana vem reiteradamente relativizando, em favor da defesa, eventuais restrições probatórias previstas nas FRE, como, por exemplo, no caso *Chambers v. Mississippi*,¹⁰⁵⁹ tornando-se, portanto, um importante manancial para subsidiar a interpretação de nossos dispositivos normativos que tratam da limitação do direito à prova.

Justifica-se, desta forma, a possibilidade de se buscar naquele sistema eventuais soluções para choques verificados, na praxe forense brasileira, entre a busca por uma maior eficiência do sistema processual penal e o direito probatório do acusado.

Não se nega aqui que o ideal, talvez, residisse na realização de uma ampla reforma legislativa através da elaboração de um novo Código de Processo Penal que albergasse, no campo probatório, as garantias fundamentais do acusado como ponto de partida para a reconstrução dos fatos em juízo.¹⁰⁶⁰

Todavia, na ausência de um novel corpo normativo, passa-se a se propor, com base na longa experiência da *law of evidence* norte-americana, uma adequada interpretação dos dispositivos hoje presentes em nossa codificação processual penal, com o fim de estabelecer

¹⁰⁵⁷ Neste sentido, Malan afirma que: “A importação de um determinado instituto estrangeiro deve considerar não só as qualidades intrínsecas desse instituto, mas também a sobredita repercussão no ambiente institucional em que tal instituto irá operar” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 4).

¹⁰⁵⁸ Como bem alertado por Damaška quanto a inovações processuais, “[m]ore than in the private law domain, perhaps, the meaning and impact of procedural regulation turn on external conditions – most directly on the institutional context in which justice is administered in a particular country” (DAMAŠKA, Mirjan. “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”. **American Journal of Comparative Law**, p. 839). O autor, no mesmo texto, atenta ainda para o fato de que, por exemplo, a introdução de instrumentos como o *cross-examination* em procedimentos da *civil law* exigiria uma mudança de postura dos advogados, bem como a própria aceitação, por parte do sistema, de que tais profissionais possam ouvir testemunhas antes mesmo do julgamento, o que atualmente é visto como uma postura antiética (Ibid., p. 847).

¹⁰⁵⁹ **Chambers v. Mississippi**, 410 US 284 (1973). Para mais hipóteses, ver Seção III.3.

¹⁰⁶⁰ Cabe ressaltar que, como visto no Capítulo II, as disposições trazidas pelo substitutivo ao Projeto do Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), ora em trâmite na Câmara dos Deputados, em pouco altera o atual regramento do direito à prova defensiva previsto em nossa codificação processual penal.

critérios delimitados a serem adotados em nosso ordenamento jurídico pelos órgãos jurisdicionais quando da admissão da prova requerida pela defesa do acusado.

4.1 A relevância *lato sensu* da prova requerida pela defesa e a compatibilização dos limites lógicos de admissão da prova com o direito probatório do acusado

Como visto na Seção II.3.1.1, quando da análise dos limites lógicos à produção probatória, o art. 400, §1º, do CPP, ao regram o sistema de admissão de provas pelo magistrado, autoriza expressamente que o juiz indefira o requerimento de provas consideradas “irrelevantes” e “impertinentes”, mas peca em delimitar minimamente tais conceitos de forma a guiar o operador do direito. Há de se buscar, então, uma interpretação dos critérios de relevância e pertinência probatória que se compatibilize com a busca por uma maior ampliação do exercício do direito à prova defensiva.

Ressalta-se, todavia, que o direito à prova do acusado evidentemente não engloba a faculdade de produzir provas que não guardem qualquer relação com a pretensão acusatória, justificando-se, assim, serem os limites lógicos o primeiro critério para avaliação da viabilidade de seu pleito probatório.

E, em que pese a grande discussão doutrinária nacional e estrangeira acerca de tais limites,¹⁰⁶¹ já se salientou no presente trabalho que sua análise perpassa pela delimitação do *thema probandum* em Processo Penal, sendo este composto pelos seguintes elementos: (i) circunstâncias que envolvem a existência do fato imputado na exordial acusatória, bem como a sua autoria; (ii) questões que guardam relação com a constituição ou afastamento da conduta criminosa (elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade); (iii) meras circunstâncias que influenciam na dosimetria da pena; e, por fim, (iv) fatos processuais que possam influenciar a análise do substrato probatório pelo magistrado.

Nesse sentido, haverá “pertinência” da prova requerida sempre que se puder estabelecer uma relação direta entre aquele determinado fato que se pretende comprovar e algum dos elementos que compõem o *thema probandum*, enquanto, por sua vez, haverá relevância *stricto sensu* quando o fato objeto da prova atestar, apenas por inferência (relação indireta), um de seus elementos.¹⁰⁶² Ambos os requisitos – “pertinência” e “relevância *stricto*

¹⁰⁶¹ Conforme Seção II.3.1.1.1.

¹⁰⁶² Ver nota anterior.

sensu” – são espécies do critério geral “relevância *lato sensu*”, que, analisados sob a perspectiva defensiva do acusado, configura exigência lógica para a admissão de sua prova.

No sistema norte-americano, as *Federal Rules of Evidence* trazem igualmente a necessidade de relevância *lato sensu* da prova requerida, ao estabelecer a regra geral de que “*irrelevant evidence is not admissible*” em sua *Rule 402*.

E em complementação a tal regra, a *Rule 401* prescreve, ainda, o chamado “teste de relevância”, exigindo, assim como ora proposto, que haja uma correlação entre o objeto da prova e o *thema probandum*, ao estabelecer que a prova apenas será admitida pelo magistrado quando o fato que se pretende comprovar for importante ao julgamento da ação (penal).¹⁰⁶³

Ressalte-se, ainda, que, como bem alertado por McCormick,¹⁰⁶⁴ para a análise de sua relevância, não há a necessidade de que o elemento probatório que se pretende produzir individualizadamente seja apto a gerar um decreto absolutório, bastando que altere minimamente as chances de afastamento de um dos componentes da pretensão acusatória. Além disso, como visto na Seção III.6.2, a expressão empregada na *Rule 401* (b), de que o fato a ser provado deve ser “*of consequence in determining the action*”, estabelece uma visão mais permissiva acerca da admissibilidade da prova, exigindo-se somente que aquilo que se busca comprovar gere algum tipo de benefício processual, ainda que pequeno, ao acusado, cotejando-se, para tal constatação, as teses por ele apresentadas.¹⁰⁶⁵

Assim, conforme assentado pela própria jurisprudência norte-americana, tanto as *direct evidences*, quanto as *circumstantial evidences*, apresentam relevância *lato sensu* e, por tal razão, deverão ser produzidas em juízo quando requeridas pela defesa, proibindo-se até mesmo a atribuição de pesos diversos a elas.¹⁰⁶⁶

As primeiras referem-se às provas por aqui tratadas como pertinentes ou diretas, ou seja, em que o elemento probatório a ser produzido buscará demonstrar diretamente a existência ou inexistência de um dos elementos centrais da imputação levados à cognição jurisdicional.¹⁰⁶⁷

Não há dúvidas, portanto, de que, tal como as *direct evidences*, haverá “pertinência”

¹⁰⁶³ Conforme Seção III.6.2.1.

¹⁰⁶⁴ MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**, p. 278, § 185.

¹⁰⁶⁵ Essa é a razão pela qual a Suprema Corte, no caso *Sprint/United Mgmt. Co v. Mendelsohn*, atestou que questões acerca da relevância da prova “deverão ser determinadas no contexto dos fatos e argumentos do caso particular” (**Sprint/United Mgmt. Co. v. Mendelsohn**, 552 US 379 [2008], p. 387).

¹⁰⁶⁶ Conforme Seção III.6.2.1.

¹⁰⁶⁷ Chamando de *prova rappresentativa* (TONINI, Paolo. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2003, p. 120). Já Ubertis prefere chamá-la de *prova in senso stretto*, uma vez que ela é aquela que autoriza realizar-se uma passagem imediata entre o elemento de prova e o resultado probatório (situação de fato que o juízo se vale para decidir) (UBERTIS, Giulio. “Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano: Giuffrè, 1993, p. 115).

suficiente para a admissão da prova, em nosso sistema, na forma do art. 400, §1º, do CPP, nas hipóteses, por exemplo, de requerimento da defesa para juntada de arquivo de vídeo em que se comprova que os fatos não se deram da forma como narrado pelo acusador (relação direta com o fato naturalístico imputado);¹⁰⁶⁸ de arrolamento de testemunha que comprove que havia consentimento da vítima, nos crimes em que tal questão figure como excludente de tipicidade¹⁰⁶⁹ (relação direta com a constituição do crime); de juntada de documento que ateste que o acusado sempre esteve ligado a causas beneficentes, ratificando sua correta conduta social (relação direta com circunstâncias que influenciem na dosimetria da pena); ou mesmo de requerimento de apresentação de todos os ofícios enviados para a companhia telefônica com o fim de verificar se os diálogos eventualmente interceptados estavam efetivamente albergados por regular autorização judicial (relação direta com fatos processuais).

Já as *circumstantial evidences* são aquelas por aqui conhecidas como provas indiretas¹⁰⁷⁰ ou indiciárias,¹⁰⁷¹ isto é, que visam atestar fatos diversos daqueles que compõem o *thema probandum*, mas que, uma vez comprovados, através da adoção de um método

¹⁰⁶⁸ No caso *Georgios Papageorgiou v. Greece*, a CEDH analisou a possível violação do direito de prova direta do acusado. Tratava-se de hipótese que envolvia fraude através da utilização de cheques falsos, na qual o acusado, junto às Cortes locais, havia requerido a juntada dos cheques originais, bem como dos arquivos eletrônicos referentes aos registros bancários. Tal diligência havia se tornado impossível de ser realizada em razão da destruição dos referidos documentos, em momento anterior, por ordem do próprio juízo. A CEDH, assim, entendeu que ter havido violação direta aos arts. 6(1) e (3)(d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, porque “*essential pieces of evidence were not adequately adduced and discussed at the trial*” (**Georgios Papageorgiou v. Greece**, 59506/00, 09/05/03, §§ 39/40)

¹⁰⁶⁹ Como, por exemplo, no caso de crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal.

¹⁰⁷⁰ Não se ignora aqui a discussão doutrinária acerca dos conceitos de prova “direta” e “indireta”. Como Cordero, há quem sustente que prova direta é somente aquela em que o próprio juiz verifica diretamente a ocorrência do fato objeto da cognição (v.g., um crime ocorrido em audiência), enquanto a indireta abarcaria todos os outros elementos probatórios objetos de cognição judicial (CORDERO, Franco. **Procedura penale**, p. 565). Todavia, acompanha-se a ideia de que a diferença entre ambas as espécies se encontra no fato de que, no caso da prova indireta, “o juízo de relevância não incide imediatamente sobre o fato a ser provado”, havendo “elevada verossimilhança ou probabilidade de o fato secundário ser útil para prova a existência e a eficácia do fato principal” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 313-4).

¹⁰⁷¹ Pode-se encontrar na doutrina uma variedade de significados dados à chamada “prova indiciária”, dentre os quais encontram-se: (i) a noção “filosófico-científica”, para a qual toda a prova em regra é indiciária, uma vez que o fato a ser provado, passado e irrepitível, sempre será induzido através dos fatos probatórios colhidos no presente; (ii) a noção “técnico-jurídica”, que a compara à prova indireta; e (iii) a noção vulgar, que a trata como prova menos persuasiva (FERRUA, Paolo. “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”. In: _____. **La prova nel dibattimento penale**. 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 334 e ss); FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 21 e ss. No sentido aqui adotado, de prova indiciária como sinônimo de prova indireta, Ubertis afirma que, por meio dela, não se comprova diretamente um dos elementos do *thema probandum*, mas sim, somente através de “*una più consapevole e manifesta mediazione intellettuale*” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1995, p. 41). Precisos novamente são os apontamentos de Cambi sobre o tema ao afirmar que: “os indícios somente têm relevância probatória se servem de base para as presunções. Não têm valor probatório se considerados isoladamente, mas somente dentro da atividade mental desenvolvida pelo juiz para se presumirem a existência e a veracidade de um fato a ser provado” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 362-3, nota 66).

intelectual inferencial,¹⁰⁷² acabam ratificando a existência ou inexistência destes.¹⁰⁷³

É certo, portanto, que, mesmo visando corroborar a existência de fatos secundários,¹⁰⁷⁴ a prova indireta defensiva apresenta evidente relevância *stricto sensu*,¹⁰⁷⁵ o que impõe a sua admissão, novamente na forma do art. 400, §1º do CPP. Encontram-se nessa hipótese, por exemplo, a prova indireta de um álibi, ou seja, o pedido de oitiva de uma testemunha que comprove que estava com o acusado, em outro local distante, momentos antes da suposta prática do crime (relação indireta com o fato naturalístico imputado);¹⁰⁷⁶ a juntada de mensagens eletrônicas demonstrando que a vítima do suposto homicídio vinha ameaçando o acusado, com vistas a subsidiar a tese de legítima defesa (relação indireta com a constituição do crime); a apresentação de comprovante de altos gastos da vítima após a prática de um crime patrimonial imputado, com vistas a se inferir a inexistência de consequências gravosas ao lesado (relação indireta com circunstâncias que influenciem na dosimetria da pena); ou mesmo o requerimento para realização de exame pericial de arrombamento da residência do acusado visando comprovar que não houve consentimento do morador quando da apreensão de prova realizada pela autoridade policial sem mandado judicial (relação indireta com fatos processuais).

¹⁰⁷² Como afirmado por Cordero, “*se la relazione dei due fatti è tale che al primo segue necessariamente il secondo, il quale non possa essere seguito da nient’altro che dal primo, la prova dell’uno implica che esista l’altro; nei limiti in cui la massima di esperienza sia fondata e le rivelazioni empiriche esatte, la conclusione appare incontrovertibile*” (CORDERO, Franco. “Il procedimento probatorio”. In: _____. **Tre studi sulle prove penali**. Milano: Giuffrè, 1963, p. 65).

¹⁰⁷³ Interessante a distinção entre ambas realizada por Furguele, para quem “*nella ‘prova in senso stretto’, l’inferenza poggia su leggi logiche o scientifiche non probabilistiche, mentre nel ragionamento ‘indiziario’ si applicano massime di esperienza e, cioè, leggi scientifiche probabilistiche*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale**: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova, p. 21). Por isso conclui que, “*il risultato probatorio a cui si perviene in presenza di un quadro indiziario è, dunque, sempre connotato dal carattere della probabilità, poiché la dimostrazione resta pur sempre il prodotto di un ragionamento articolato su meccanismi logici che sono inevitabilmente ancorati a regole di esperienza comune. In particolare, il meccanismo cognoscitivo ha il seguente tenore: i singoli indizi di per sé non sono idonei a dimostrare il fatto da provare; eppure, tutti insieme, se gravi, precisi e concordanti, possono conseguire il risultato probatorio mediante un procedimento di logica deduttiva strutturato su regole di esperienza o di scienza, acquisite al patrimonio intellettuale contemporaneo*” (Ibid., p. 23).

¹⁰⁷⁴ Como bem resumido por Cambi, “os fatos principais ou jurídicos são aqueles que podem ser ligados a uma eficácia constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa do direito afirmado em juízo, enquanto os fatos secundários ou simples são aqueles que, embora não estejam diretamente ligados aos direitos afirmados em juízo, se provados, permitem o conhecimento dos fatos principais” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 306).

¹⁰⁷⁵ No mesmo sentido, Taruffo afirma que: “*La definizione di rilevanza, per quanto riguarda le prove vertenti su fatti secondari, può essere dunque così formulata: la prova è rilevante quando il suo oggetto può costituire la premessa di un’inferenza la cui conclusione riguarda l’esistenza di un fatto principale contestato*” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**, p. 56-7).

¹⁰⁷⁶ O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, por exemplo, considerou violado o direito à produção probatória do acusado, prescrito no art. 14(3)(e), no julgamento *Grant v. Jamaica*, quando uma testemunha fundamental requerida pelo acusado, que constituiria seu álibi, negou-se a comparecer ao julgamento, e, somente por essa razão, o juízo local deixou de realizar a sua oitiva (**Lloyd Grant [represented by counsel] v. Jamaica**, Communication n. 353/1988, UN Doc. CCPR/C/50/D/353/1988 (1994), § 8.5).

Infere-se, portanto, que, embora a prova requerida pela defesa possa não ter aptidão para comprovar diretamente a inexistência do fato criminoso, deverá ser considerada relevante se, para embasar uma tese defensiva, possibilitar o conhecimento do contexto em que tal fato se desenvolveu, ou mesmo contribuir para sua valoração,¹⁰⁷⁷ devendo ser admitidas pelo magistrado até mesmo aquelas provas que venham a atestar episódios antecedentes ou subsequentes àquele objeto da demanda, não submetidos, em tese, a juízo.¹⁰⁷⁸

Assim, para que seja admitida a prova requerida pelo acusado, não há necessidade de que a relação entre a proposição probatória e o elemento do *thema probandum* seja direta e imediata,¹⁰⁷⁹ podendo se referir a uma questão secundária que indiretamente aumente ou diminua a probabilidade da existência destes.

Nesse diapasão, tudo aquilo narrado pela acusação em sua exordial, ou mesmo apresentado como tese defensiva, poderá, direta ou indiretamente, ser objeto de prova pelo acusado, seja para afastar a hipótese acusatória por completo, o que acarretará a absolvição do acusado, seja para afastá-la parcialmente, como, por exemplo, através da negativa de incidência de alguma circunstância que exaspere a pena (v.g., qualificadora, causa de aumento de pena, agravante etc.).

Note-se ainda que a visão moderna do princípio do contraditório exige sua incidência não apenas nas questões de fato mas também nas de direito,¹⁰⁸⁰ fazendo com que, eventualmente, tratando-se de hipótese complexa de norma jurídica aplicável, como, por exemplo, casos da macrocriminalidade econômica que envolvam normas penais em branco complementadas por atos normativos de órgãos reguladores (v.g., BACEN, CVM etc.), torne-se relevante a produção probatória defensiva que vise comprovar a incidência ou o

¹⁰⁷⁷ Neste sentido, citando critério utilizado pelo Tribunale di Milano (**Sez. II penale, sentenza 28 aprile 1994**, imp. Cusani, p. 8) acerca da relevância da prova, Bianchi afirma que: “*Il Tribunale riteneva che la rilevanza delle prove orali dovesse essere valutata non solo secondo il parametro della corrispondenza o meno all’oggetto dell’imputazione bensì avuto riguardo ‘ad ogni altro aspetto che possa comunque influire sulla formazione della prova e che abbia attinenza con essa’*. Criterio alla luce del quale una testimonianza assumeva rilevanza anche quando ‘*pur non essendo direttamente destinata a fornire la prova di un fatto, può, tuttavia, dimostrare il contesto del fatto stesso, sia dal punto di vista della possibilità del suo verificarsi, sia dal punto di vista delle sue modalità o degli altri aspetti che possano concorrere a consentire la valutazione del fatto stesso*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 150).

¹⁰⁷⁸ Ibid., p. 152.

¹⁰⁷⁹ Neste sentido, Rossano Adorno informa que: “*[...] non sia necessario che la relazione tra proposizione probatoria e regiudicanda sia diretta e immediata, potendo, la verifica probatoria, investire, in prima battuta, un tema secondario, anche solo riferibile alla fonte o al mezzo di prova*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 150).

¹⁰⁸⁰ Visão esta que restou positivada no art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

afastamento de determinada regra complementar.¹⁰⁸¹

Deverá o magistrado, então, deferir a prova requerida pela defesa que objetiva ouvir especialistas de outras áreas do conhecimento jurídico, ou mesmo da própria área penal, bem como a juntada de documentos que comprovem a vigência de atos normativos, sempre que a extensão da incidência da norma complementadora não seja de ciência inequívoca do órgão julgador.

Por fim, cabe ressaltar que, conforme verificado na cultura processual penal norte-americana,¹⁰⁸² que neste ponto se deve replicar, a dúvida judicial quanto à configuração da relevância *lato sensu* da prova requerida pela defesa deverá se resolver sempre em favor do acusado, determinando-se, assim, na forma do art. 400, § 1º, do CPP, sua admissão.

Delimitada a extensão dos limites lógicos legais à produção probatória defensiva, que, como visto, encontra acolhimento similar no sistema processual penal dos EUA, passa-se então a analisar questões controvertidas específicas, verificadas na praxe forense nacional, que consubstanciam pontos de tensão entre o critério da relevância probatória e o legítimo exercício do direito à prova pelo acusado, buscando-se apresentar a melhor solução para tais questionamentos.

4.1.1 Das questões controvertidas quanto aos limites lógicos probatórios: o equivocado indeferimento de requerimento defensivo para a produção de prova oral acerca do caráter do acusado

Como visto nas seções anteriores, revela-se claramente relevante *lato sensu* o pedido probatório da defesa que busca atestar qualquer circunstância que influencie na dosimetria da pena. Isso porque, não somente o fato naturalístico narrado na inicial e sua constituição criminosa se apresentam como elementos da pretensão acusatória, mas também tudo aquilo

¹⁰⁸¹ Camargo Aranha apresenta como hipóteses de incidência de prova em questões de direito a necessidade de comprovação dos costumes, quando este é idôneo para afastar a antijuridicidade da conduta imputada, ou mesmo hipóteses de crimes contra a administração pública que exija o conhecimento de direito estadual ou municipal. (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 30). Por sua vez, Tornaghi afirma que somente o direito estrangeiro ou consuetudinário que deve ser comprovado, uma vez que o juiz poderá desconhecê-lo (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978, v. 3, p. 445-6). O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 376, reproduzindo o teor do antigo art. 337 do Código de Processo Civil de 1973, estabelece que: “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

¹⁰⁸² Conforme Seção III.6.2.

que poderá ser levado em consideração pelo magistrado quando da dosimetria da pena, uma vez que tais circunstâncias tornam o contexto fático do crime absolutamente diferente.

Note-se que a evidente relevância *lato sensu* da produção probatória acerca de circunstâncias que serão consideradas pelo magistrado na apenação não é verificada apenas em países da *civil law*,¹⁰⁸³ mas também no próprio ordenamento jurídico norte-americano em hipótese de imputação de crimes capitais.¹⁰⁸⁴

Todavia, em razão da presença do fenômeno da “cesura” processual, o sentenciamento (*sentencing*) nos EUA se dará em fase posterior à prolação do decreto condenatório pelo júri, fazendo com que o direito à prova defensiva acerca de circunstâncias que atenuem a pena (*mitigating evidences*) se evidencie somente em uma segunda fase procedimental.¹⁰⁸⁵

Embora, de *lege ferenda*, fosse recomendável que se adotasse o procedimento de “cesura” também em nosso sistema, para que se evitasse que a prova acerca de questões como “personalidade” e “conduta social” do agente pudessem acabar por influenciar indevidamente o magistrado responsável pelo julgamento de mérito,¹⁰⁸⁶ fato é que, fazendo-se uma análise sistemática de nosso ordenamento processual penal sob a ótica do direito fundamental à produção probatória defensiva, vê-se que o acusado tem direito efetivo de produzir prova sobre tais elementos no curso da ação penal com vistas a influenciar o convencimento do julgador na fase da dosimetria da pena.

Não há dúvidas de que, em razão de sua relação com o *thema probandum*, está albergada pelo direito à produção probatória defensiva a possibilidade de o acusado arrolar como prova oral testemunhas que possam certificar a presença de eventuais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal verificadas em seu favor, como, por exemplo, que nunca apresentou comportamento agressivo (o que se caracterizaria como personalidade favorável); que apresenta imagem ilibada frente ao corpo social (ligada à sua conduta social), ou mesmo que ateste que o acusado se trata de pessoa humilde, de pouca vivência ou instrução (possivelmente relacionada à sua culpabilidade).

¹⁰⁸³ No sistema italiano, por exemplo, Paolo Tonini alerta que “*l'accertamento della personalità dell'autore del reato è reso necessario dalla caratteristica che distingue la sanzione 'penale'. Questa si differenzia da quella civile e da quella amministrativa per il fatto di essere proporzionata alla 'personalità' dell'autore del fatto illecito*” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 67).

¹⁰⁸⁴ Conforme Seção III.6.2.2

¹⁰⁸⁵ Ver nota anterior.

¹⁰⁸⁶ Neste sentido, ver FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, p. 76. Esta é a razão pela qual o sistema norte-americano criou a fase de *sentencing*, evitando que a decisão dos jurados fosse entorpecida com emoções e preconceitos irracionais, conforme assentado na Seção III.6.3.1. Note-se que o Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América igualmente prevê tal hipótese em seu art. 287.

Assim, a chamada testemunha de caráter,¹⁰⁸⁷ em regra, revela-se relevante em razão de sua função direta de permitir uma menor reprimenda do acusado, não podendo, ao menos *a priori*, ser inadmitida pelo juiz da causa sob o pálido (e comum) argumento de que ela não poderia atestar circunstâncias relevantes acerca dos fatos objetos da imputação.¹⁰⁸⁸

Embora, em uma primeira análise, a personalidade do agente, seu caráter ou histórico pessoal, não guardem qualquer relação com a conduta narrada na exordial, fato é que tais questões deverão ser levadas em consideração pelo magistrado no momento da prolação de uma eventual sentença condenatória, e, por essa razão, farão parte daquilo que será objeto de discussão ao longo do processo, revelando-se forma de concretização do princípio constitucional da individualização da pena.¹⁰⁸⁹

Note-se, ainda, que o depoimento de caráter pode também, por vezes, relacionar-se diretamente à análise de mérito, tornando menos provável a ocorrência do fato narrado na inicial. Por exemplo, a comprovação de que determinado acusado nunca apresentou qualquer comportamento socialmente agressivo pode ser suficiente para afastar a credibilidade do depoimento de eventual vítima que impute a ele a prática de um crime de injúria ou ameaça. Essa é a razão pela qual Donald Dripps, em análise da experiência norte-americana, mesmo demonstrando grande preocupação com a possibilidade de se gerar indevidos preconceitos e emoções que possam entorpecer a decisão do julgador, admite, em favor da defesa, a produção de prova de caráter, até mesmo na fase do *trial*.¹⁰⁹⁰

Eventuais testemunhos de caráter, portanto, porque claramente relevantes, não poderão ser indeferidos com a justificativa de que não diriam respeito aos fatos imputados, sendo certo, ainda, que tampouco sua substituição por declarações por escrito, em favor de uma irracional maior celeridade do procedimento, revelaria-se como solução adequada, já que a submissão da colheita do testemunho ao crivo do contraditório direto apresenta claros fins epistemológicos, gerando assim importante consequência quanto à sua credibilidade.

Uma prova típica, como a testemunhal, em que se deve garantir a incidência do

¹⁰⁸⁷ Não há qualquer limitação de se produzir prova de caráter através da colheita de declarações testemunhais. Inclusive, tal possibilidade encontra assento histórico na *common law*, quando, em tempos remotos, o acusado apenas poderia produzir testemunho de caráter através da intimação de testemunhas que residissem na mesma comunidade que ele (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 420).

¹⁰⁸⁸ Nesse sentido, em julgamento de Agravo Interno em Recurso Especial, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do acusado sob o fundamento de que: “Não se há falar em nulidade do feito, por indeferimento da oitiva de testemunhas, tendo em vista que, conforme consta do acórdão recorrido, a d. Defesa optou por arrolar testemunhas de antecedentes, em detrimento de testemunhas factuais” (STJ – 5ª Turma, **AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.195.419/SP**, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/06/2018).

¹⁰⁸⁹ Previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

¹⁰⁹⁰ Conforme Seção III.6.3.1.

contraditório no momento de sua produção, não pode ser introduzida no processo, na forma documental, sem qualquer justificativa válida (v.g., morte da testemunha), sob pena de se configurar uma forma ilegítima de driblar a incidência das garantias fundamentais do processo, nela tipicamente incidentes,¹⁰⁹¹ configurando-se, assim, verdadeira “prova anômala”.¹⁰⁹²

Como bem ressaltado por Talamini, em ensinamento acerca da prova emprestada, mas que se aplica perfeitamente na presente hipótese, “o contraditório não consiste na simples garantia de defesa em face da prova já produzida”, incidindo “na possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado”. Ressalta ainda o autor que as partes têm “o direito de ‘fiscalizar’ e ‘influenciar’ o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória”.¹⁰⁹³

Assim, seja para aqueles que acreditam que a declaração de testemunha não tenha qualquer efeito probatório, por via documental, quando esta poderia ter sido colhida em juízo sob o crivo do contraditório,¹⁰⁹⁴ seja para aqueles que até admitem sua produção, mas

¹⁰⁹¹ Nesse sentido, Cambi afirma que “não podem ser admitidas como provas atípicas as provas típicas, consideradas nulas ou inadmissíveis, porque não observaram as regras legais que disciplinam a sua formação ou porque são excluídas expressamente pelas leis processuais ou materiais. Em outras palavras, as provas típicas não podem ser consideradas atípicas se não apresentarem os requisitos previstos na lei. Caso contrário, dar-se-ia margem à violação das garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, além de possibilitar a admissibilidade das provas ilícitas, pela via transversa das provas atípicas” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 47).

¹⁰⁹² Conforme leciona Malan, trata-se de prova anômala aquela “por meio da qual se quer obter o resultado de um meio de prova típico (testemunhal), mas usando outro meio de prova típico (documental), de sorte a ludibriar: (i) as garantias do procedimento probatório testemunhal [...]; (ii) o prazo preclusivo para requerimento de prova testemunhal; (iii) ou os limites quanto ao conteúdo do testemunho em juízo (v.g., artigo 213 do Código de Processo Penal” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 169). Neste mesmo sentido Lima, ao afirmar que a “prova anômala é aquela utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios. [...] Mas jamais será possível querer emprestar ao referido ato o mesmo valor da prova testemunhal, sob pena de violação a diversos princípios constitucionais, notadamente os da ampla defesa e do contraditório” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 575). Sobre a questão específica acerca da substituição de prova testemunhal por declarações, Gomes Filho e Gustavo Badaró afirmam que “tal forma de agir viola a própria natureza da prova testemunhal, que é uma prova oral e contraditória por excelência. Diante de uma simples documentação de uma declaração não haverá possibilidade de reperguntas. Em suma, há um total desrespeito ao procedimento típico para a produção da prova testemunhal, pelo que tem se manifestado a doutrina pela nulidade de tal ‘documento’ que substitui a prova testemunhal, havendo julgados, inclusive, que determinam seu desentranhamento” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo. “Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 15, n. 65, p. 175-208, mar.-abr. 2007). A respeito das críticas às provas anômalas, ler ainda tese de doutorado defendida por Clarisse Diniz Guedes, “Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal”, junto à Universidade de São Paulo, em 2013; Ver também BADARÓ, Gustavo. “Provas atípicas e prova anômalas: Inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações de quem poderia ser testemunha”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide [Orgs.]. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, p. 341-52, 2005.

¹⁰⁹³ TALAMINI, Eduardo. “Prova emprestada no processo civil e penal”. **Revista de Processo**, v. 91, p. 96-7, jul.-set. 1998.

¹⁰⁹⁴ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 2ª ed. Nápoles: Jovene, 1996, p. 469.

apontam certo déficit de credibilidade,¹⁰⁹⁵ fato é que, exigindo-se que o testemunho de caráter do qual aproveita-se o réu seja substituído por declarações escritas, estar-se-ia atingindo, irrazoavelmente, o direito do acusado de se utilizar do meio mais eficaz para buscar o convencimento judicial.

Deve-se aqui, novamente, se socorrer de instituto típico da *common law* e se aplicar a *best evidence rule*, consubstanciada na consequência lógica de que devem ser sempre apresentadas ao julgador as provas mais confiáveis possíveis dentre as possibilidades disponíveis para atestar determinada questão posta a julgamento.¹⁰⁹⁶

Embora possam se achar vozes na praxe judicial norte-americana que admitem a possibilidade de se exigir que o defendente abra mão da produção de sua prova testemunhal em favor da substituição por eventuais declarações por escrito,¹⁰⁹⁷ a razão está com Peter Westen, quando este, em análise à *compulsory process clause*, afirma que tal procedimento pode vir a afetar, de forma grave, o direito do acusado de contribuir de forma efetiva para o convencimento judicial, uma vez que, em muitas oportunidades, apenas com o depoimento presencial da testemunha poderá se avaliar a sua credibilidade, afetando, portanto, diretamente sua carga probatória.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ CHIARLONI, Sergio. “Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 864-75, Milano: Giuffrè, 1986, p. 871. Sobre a questão, Cambi afirma que: “as declarações escritas provenientes de terceiros também são provas atípicas, apesar de que se deve atribuir a elas valor probatório menor, já que a parte contrária não participou da sua formação, não tendo oportunidade de fiscalizar essa atividade probatória” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 49).

¹⁰⁹⁶ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 35. Em comparação à regra que proíbe a testemunha de “ouvi dizer”, Imwinkelried e Garland afirmam que, em ambas as hipóteses, busca-se a maior credibilidade do sistema probatório, estabelecendo-se uma preferência por determinado tipo de prova (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 638). Ainda segundo os autores, “*the preference is for live testimony subject to cross-examination*” (Ibid., p. 676).

¹⁰⁹⁷ “*A defendant is often required to accept something less than the live testimony of an available witness. Thus, to spare certain witnesses the inconvenience of a personal appearance, some states require the defendant to record their testimony and introduce it in the form of written depositions*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 299). Para Wigmore, por exemplo, tal questão não atingiria o direito constitucional do réu de produzir prova. Nas palavras do autor: “*Whether the one or the other kind of admission should be required may depend on the circumstances of each community and each case; but it is impossible to regard the constitutional clause as being in any way involved*” (WIGMORE, John Henry. **Evidence in trial at common law**, v. 9, p. 605, § 2595).

¹⁰⁹⁸ “*A defendant has a constitutional right to present all evidence in his favor that could reasonably affect the judgment of the jury. The effect of a substitute form of testimony is to deny a defendant the opportunity to present evidence of this witness’ demeanor and credibility. [...] In the great majority of cases, however, the weight of evidence depends in part on the jury’s evaluation of the witness’ credibility*” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 300-1). Note-se ainda que o acusador também tem o direito de rejeitar que o defendente junte o testemunho em forma escrita quando houver viabilidade da apresentação presencial da testemunha. Isso porque a acusação pode exigir que a prova seja apresentada na forma mais confiável. Neste sentido, o mesmo autor afirma que: “*To be sure, a defendant cannot insist on presenting the testimony of a witness in a substitute form if the witness is available to testify in person. The state has a legitimate interest in requiring the parties to present evidence, whenever possible, in its most reliable form: furthermore, a defendant cannot justifiably complain of reasonable rules of evidence that attempt to further interest*” (Ibid., p. 304).

Dessa forma, não se pode afirmar que o único eventual prejudicado pela não incidência do contraditório na determinação judicial de substituição da testemunha defensiva de caráter por declarações por escrito seria a parte contrária, ou seja, o acusador.

Além disso, deve-se considerar também o necessário respeito ao princípio da imediação judicial, consubstanciado na exigência da presença do órgão julgador quando do momento da produção da prova que servirá para o convencimento judicial,¹⁰⁹⁹ razão pela qual, inclusive, na Alemanha, tem-se proibido a substituição da inquirição da testemunha pela leitura de depoimento previamente produzido.¹¹⁰⁰

Portanto, sob pena de se relativizar, de forma desproporcional, o direito à produção probatória defensiva em nome de uma suposta celeridade do procedimento, o órgão jurisdicional não pode obrigar a defesa a produzir sua prova testemunhal de caráter na forma documental, podendo-se tal substituição ser admitida somente quando a declaração por escrito tiver sido tomada em tempos passados, e não exista mais possibilidade atual de colheita da prova oralmente (v.g., falecimento da testemunha, residência em local distante ou de difícil acesso etc.).

O indeferimento do testemunho de caráter, ou a exigência de sua substituição por declarações escritas, então, revelam-se flagrantemente ilegais, por violarem o parágrafo 1º do art. 400 do CPP, e inconstitucionais, por atingirem a ampla defesa, albergada no art. 5º, inc. LV, da CRFB, sob o viés da restrição desproporcional ao direito do acusado de se defender provando, mostrando-se, portanto, arbitrários.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁹ Como bem ressaltado por Alonso Gomes: “As reformas impostas pelas Leis n. 11.689, de 09 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008, ao Código de Processo Penal, consagraram a oralidade e a concentração dos atos probatórios em uma audiência única, prevendo que todas as provas serão produzidas em uma única audiência. E, deste modo, a reforma – ainda que implícita e involuntariamente – acabou por legitimar a imediação como postura primordial a ser adotada pelo juiz (e pelas partes) no contato com a prova. Tanto é assim que, no § 2 do art. 399 do CPP (incluído pela Lei n. 11.719/2008) estampou a fórmula do conhecido – mas até então ausente – princípio da identidade física do juiz: o juiz que presidiu a instrução – e, portanto, teve contato direto com a prova ali produzida – deverá proferir a sentença” (GOMES, Décio Luiz Alonso. **Prova e imediação no Processo Penal**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 84).

¹¹⁰⁰ Conforme § 250 StPO. Neste sentido, ver GÖSSEL, Karl-Heinz. “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”. Manuel da Costa Andrade (Trad.). **Revista Portuguesa de ciência criminal**, Lisboa: Aequitas, ano 2, fasc. 3, jul.-set. 1992, p. 417.

¹¹⁰¹ Razão pela qual se discorda do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* n. 77.134/PA, que, ao denegar a ordem, assentou que “as testemunhas não localizadas eram abonatórias, o que revela que a ausência de sua oitiva não prejudicou o exercício da ampla defesa e do contraditório, circunstância que reforça a impossibilidade de anulação do processo, como almejado, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal” (STJ – 5ª Turma, **RHC n. 77.134/PA**, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. em 08/08/2017). Em sentido similar, mas em procedimento administrativo, a mesma Corte já assentou que as provas testemunhais de caráter seriam desnecessárias, “uma vez que somente atestariam a índole e o caráter do autor, portanto, nada a acrescentar quanto à possível nulidade na condução do processo disciplinar” (STJ – 1ª Turma, **AgInt em Recurso Especial n. 431.813/SP**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. em 24/10/2017).

4.1.2 Ainda sobre as questões controvertidas acerca dos limites lógicos probatórios: o equívocado indeferimento de requerimento de prova pericial pela defesa

A prova pericial se torna necessária no Processo Penal quando conhecimentos técnicos são exigidos para a apreciação, compreensão, e valoração de determinadas questões trazidas à análise judicial que guardem relação com ramos do conhecimento humano diversos do meramente jurídico.¹¹⁰²

E, exatamente porque o julgador da instância em que a perícia será produzida não se revela como o único destinatário da prova, este não deverá dispensá-la, quando requerida por alguma das partes e relacionada a algum dos elementos do *thema probandum*, ainda que o julgador tenha capacidade técnica para analisar tais questões (v.g., na hipótese de o juiz ser formado em engenharia, contabilidade etc.) – mesmo porque, em regra, o magistrado não deverá se valer de seus conhecimentos privados na resolução da causa.¹¹⁰³

Como bem afirma Cambi, “a perícia é feita para o processo, e não para o juiz”,¹¹⁰⁴ já que os conhecimentos técnicos periciais são necessários ao julgamento da causa, além de serem utilizados para a análise, pelos órgãos superiores, quando da interposição de recursos, da adequação da valoração da prova realizada pelo juízo de primeira instância. Essa é a razão pela qual sempre que se identificar a necessidade de conhecimentos técnicos para a correta verificação dos elementos do “*thema probandum*”, a parte tem o direito à realização da prova pericial.¹¹⁰⁵

Não se nega a existência, no Direito Comparado, de entendimento no sentido da possibilidade de indeferimento da análise técnica requerida, por manifesta inutilidade, quando outros elementos de prova colhidos já se mostrarem suficientes para se chegar à mesma

¹¹⁰² Como bem assevera Denti: “*appare opportuno riservare l’espressione ‘scientificità della prova’ alla formazione del convincimento del giudice, per designare i casi in cui il giudizio di inferenza probatoria, che è alla base dell’accertamento del fatto, comporta per il giudice l’impiego di conoscenze che vanno oltre il sapere dell’uomo medio*” (DENTI, Vittorio. “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”. **Rivista di Diritto Processuale**, vol. 27, n. 3, p. 414-37, Padova: CEDAM, 1972, p. 416). No atual sistema processual penal italiano, o art. 220, “comma” 1 do CPPi estabelece que a perícia deverá ser admitida sempre que necessária diante de elementos de prova ou valoração que exijam competências técnicas, científicas ou artísticas específicas.

¹¹⁰³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 233.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 235.

¹¹⁰⁵ Ver nota anterior.

conclusão que a prova pericial atingiria.¹¹⁰⁶

Entendendo, todavia, tratar-se de verdadeira garantia epistemológica¹¹⁰⁷, nosso Código de Processo Penal determina, em seu art. 158, a necessidade de realização da prova pericial oficial sempre que se tratar de crimes que deixam vestígios, ainda que o exame realizado seja indireto,¹¹⁰⁸ sob pena de nulidade de eventual sentença penal condenatória prolatada, na forma do art. 564, inc. III, alínea b, daquele mesmo diploma legal.¹¹⁰⁹

Tal previsão legal, em que pese tratar-se a comprovação do crime de ônus do acusador, torna ainda mais evidente o direito inerente à atividade defensiva, mormente nos chamados crimes materiais, ou de resultado, em buscar afastar a tese acusatória através da comprovação, por órgão oficial, seja da inexistência da materialidade do fato narrado pela acusação, seja da ausência de autoria, podendo, inclusive, oferecer quesitação e nomear assistente técnico para seu acompanhamento (CPP, art. 159, § 3º). Assim, tratando-se, por exemplo, de crime cuja prova apresentada pela acusação estaria calcada em supostos contratos assinados pelo réu, tem este o direito de provar a falsidade de tal assinatura através da realização de prova pericial grafotécnica, da mesma forma que, caso lhe seja imputada a prática de crime de homicídio,¹¹¹⁰ tem o réu a faculdade de requerer a realização de perícia,

¹¹⁰⁶ ADORNO, Rossano. *L'ammissione della prova in dibattimento*, p. 158-9, notas 65 e 67. Nesse sentido, Albano exemplifica com hipótese em que a perícia balística se torna desnecessária sempre que existir uma prova de vídeo, genuína, que reproduza o suposto homicida apontando o fuzil para a vítima. Nas palavras do autor: “[...] *di fronte ad una questione balistica, la necessità della relativa perizia cade quando salti fuori una videoregistrazione genuina che riproduca l'omicida colto nell'atto di centrare la vittima con un fucile*” (ALBANO, Alessandro. *I poteri istruttori del giudice penale*. Padova: Cedam, 2003, p. 164).

¹¹⁰⁷ Embora a prática demonstre que nem sempre o perito oficial responsável pelo laudo tenha o efetivo conhecimento técnico necessário para a realização da perícia determinada pelo juízo.

¹¹⁰⁸ Como bem ressalta Mirza Maduro acerca da diferenciação entre perícia direta e indireta: “Aquela é a perícia feita sobre o próprio corpo de delito, como a chave usada, o cadáver, a porta violada etc. Já o exame indireto (art. 167 do CPP) é realizado após o desaparecimento do corpo de delito, sendo suprido pela prova testemunhal. Assim, enquanto o exame direto se dá, por exemplo, sobre o corpo do lesionado, o indireto é realizado com base em relatório e fichas hospitalares, bem assim no depoimento de médicos e enfermeiros que cuidaram do ofendido. Por motivos óbvios, nem é preciso afirmar a preferência do primeiro ao segundo” (MADURO, Flávio Mirza. *Prova Pericial – em busca de um novo paradigma*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda., 2016, p. 117).

¹¹⁰⁹ Em crítica à solução estabelecida pelo código para a falta de perícia, Grinover, Fernandes e Gomes Filho afirmam que: “Com razão, a doutrina tem criticado a solução do Código, seja porque constitui resquício do sistema já superado da prova legal, seja porque a não demonstração da existência do crime, mais do que problema de nulidade, representa falta de prova que interfere na decisão do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*, p. 177). Em sentido similar, ver José Frederico Marques: “Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que se não pode explicar de maneira razoável” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 438).

¹¹¹⁰ Como visto, em regra, os tribunais internacionais têm deixado a cargo das cortes domésticas a análise acerca da necessidade da prova. Todavia, por vezes, acabam por adentrar tal questão quando a prova resta evidentemente crucial ao caso. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso *Fuenzalida v. Ecuador*, julgado pelo

ainda que esta não tenha sido pleiteada pelo órgão acusador, para comprovar que a forma em que se deram as lesões são eventualmente compatíveis com ato de suicídio, e não com o crime doloso contra a vida a ele imputado.

Ademais, à luz do direito fundamental à prova defensiva, o art. 184 do CPP¹¹¹¹ deverá ser interpretado como a possibilidade judicial de inadmitir a prova pericial somente quando verificada, pelo magistrado, a absoluta desconexão entre aquilo que se pretende comprovar e os elementos do *thema probandum*,¹¹¹² ou seja, quando ela for claramente irrelevante *lato sensu*.¹¹¹³

E nem se diga que a realização da perícia oficial, para fins de adimplir à exigência do art. 159, *caput* do CPP, poder-se-ia ser considerada desnecessária caso o exame técnico já tenha sido realizado pelo setor de perícia do próprio Ministério Público, uma vez que, na forma do art. 280 do CPP, a análise pericial deverá sempre ser realizada “por auxiliar da justiça equidistante das partes”,¹¹¹⁴ havendo evidente dúvida acerca da idoneidade das conclusões do *expert* componente dos quadros ministeriais, em virtude de sua possível ausência de imparcialidade.¹¹¹⁵

Saliente-se, todavia, que, caso se busque a produção de laudo técnico por meio de técnicas periciais alternativas, isto é, não universalmente aceitas, deve se ter atenção redobrada com a decisão de admissão da prova, antecipando-se, assim, a adoção dos critérios

Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em que o acusado, condenado pela prática de homicídio, teve prova pericial por ele requerida, de análise de seus próprios sangue e sêmen, indeferida pelos tribunais locais. Considerou-se, neste caso, violado o direito à produção probatória do acusado, prescrito no art. 14(3)(e) do PIDCP (**José Luis García Fuenzalida v. Ecuador**, Communication n. 480/1991, UN Doc.CCPR/C/57/D/480/1991 [1996]).

¹¹¹¹ Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

¹¹¹² Assim, discorda-se do posicionamento adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que “o deferimento de diligências (*v.g.*, prova pericial) é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. [...] Portanto, não há falar em cerceamento de defesa o indeferimento de diligências requeridas pela parte e indeferidas pelo juiz, que, *in casu*, ao avaliar a conveniência e imprescindibilidade da prova para o deslinde da causa, a repeliu de forma fundamentada, pautando-se pelo livre convencimento motivado” (STJ – 5ª Turma, **RHC 64.595/SP**, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 30/05/2016).

¹¹¹³ A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conclusão que parece indicar pelo sentido contrário daquele ora defendido, estabeleceu que “O indeferimento do pedido de realização de perícia contábil não constitui constrangimento ilegal se o magistrado, analisando os outros elementos constantes nos autos, o faz de maneira fundamentada” (STJ – 5ª Turma, **RHC n. 91.833/RJ**, Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 18/04/2018).

¹¹¹⁴ MADURO, Flávio Mirza. **Prova Pericial** – Em busca de um novo paradigma, p. 118.

¹¹¹⁵ Em sentido similar já decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que: “O Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma imparcial no âmbito penal, de modo que é inconcebível admitir como prova técnica oficial um laudo que emanou exclusivamente de órgão que atua como parte acusadora no processo criminal, sem qualquer tipo de controle judicial ou de participação da defesa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa” (STJ – 5ª Turma, **HC n. 154.093/RJ**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 15/04/2011).

do notório caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1993,¹¹¹⁶ para momento anterior à própria realização do exame pericial, com o fim de garantir a idoneidade mínima da prova, e se impedir a realização de atividades processuais inúteis.¹¹¹⁷

Em análise do referido *leading case*, no qual foram estabelecidos padrões para a admissão de testemunhos de especialistas nos tribunais federais norte-americanos, mas que podem facilmente ser importados a outros ordenamentos,¹¹¹⁸ Mirza Maduro assim sumariza as conclusões da Suprema Corte dos EUA:

De acordo com as *Federal Rules of Evidence*, mormente a de número 702, qualquer prova ou testemunho dito científico, para ser admitido, não deve ser tão-somente relevante, mas, sobretudo confiável, seguro (reliable). Assim, quando requerida prova científica, caberá à corte determinar sobre a questão a ser examinada pelo perito, bem como sua qualificação no que toca ao saber científico. Além disso, deve-se verificar se o saber é adequado para o fato a ser examinado. Há, ainda, outras considerações a serem extraídas do caso, verdadeiro *leading case*. Assim, é preciso averiguar se: i) há publicações (artigos, livros etc) sobre a matéria; ii) o método usado é ensinado nas universidades ou discutido em congressos; iii) pode tal método ser posto à prova visando sua exatidão; iiiii) há margem de erro; iiiiii) o método é aceito por considerável parcela da comunidade científica (*general acceptance*), onde conceitos similares são estudados e usados.¹¹¹⁹

Essa é a razão pela qual Dominioni, no sistema italiano, exige que, para que se possa qualificar como efetiva a futura prova científica a ser realizada, e seja respeitado o princípio da economia processual (evitando-se a realização desnecessária de atos processuais), sempre sejam avaliados, no momento da admissão judicial: (i) as validades teóricas do princípio científico e do método tecnológico ou técnico que serão empregados; (ii) a adequação do instrumento técnico científico com a reconstrução do *fato probandum*; (iii) sua compreensão pelo saber comum das partes e do juiz, para evitar confusões ou sugestões acerca da infalibilidade da perícia; (iv) a possibilidade de controle racional acerca da prática utilizada; e (v) a qualificação do “expert”.¹¹²⁰

¹¹¹⁶ **Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.**, 509 US 579 (1993).

¹¹¹⁷ Neste sentido, Adorno diz que: “*L’esigenza, com’è noto, è di anticipare la verifica – che andrebbe comunque effettuata, con il metro della concluzione, in sede di valutazione – di affidabilità dei nuovi o controversi ritrovati della scienza – avvalendosi, con particolare riferimento all’accertamento della validità della teoria che si intende impiegare, anche, ma non solo, dei criteri Daubert – sia per evitar lo svolgimento di attività processuali inutili, che dilaterebbero irragionevolmente i tempi del processo, sia per garantire, sul piano della ‘profilassi cognitiva’, che l’attività istruttoria non venga contaminata dall’acquisizione di elementi gnoseologici adulterati*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 166).

¹¹¹⁸ Sobre a questão no sistema italiano, ver TONINI, Paolo. “Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza”. **Diritto Penale e Processo**, v. 11, p. 1.341 e ss, 2011.

¹¹¹⁹ MADURO, Flávio Mirza. **Prova Pericial** – em busca de um novo paradigma, p. 148-9. Ainda acerca de tais critérios, ver VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**, p. 103-27.

¹¹²⁰ DOMINIONI, Oreste. “In tema di nuova prova scientifica”. **Diritto Penale e Processo**, v. 9, p. 1063, 2001. Em sentido contrário, Lorusso afirma que a análise de tal idoneidade no momento da admissão da prova

Evitam-se, assim, com o emprego de tal controle, violações à economia processual e à duração razoável do processo, com a produção demorada de prova pericial que, por fim, será absolutamente inútil, porque inidônea; e que as partes e o juiz caíam nas chamadas “armadilhas da ciência”.¹¹²¹ Havendo, entretanto, dúvidas acerca do preenchimento de tais requisitos pela perícia requerida pela defesa, esta deverá ser admitida pelo magistrado, em razão da proeminência dos interesses do acusado, tutelados pelo Processo Penal.¹¹²²

Ante todo o exposto, verificada a relevância *lato sensu* da prova pericial requerida pelo acusado, caberá ao juiz determinar a produção da prova, não havendo grande espaço para a discricionariedade do órgão julgador,¹¹²³ devendo este zelar somente pelo respeito aos aspectos formais do procedimento, deixando-se a análise lógica das conclusões periciais apenas para o momento de sua valoração.¹¹²⁴

4.1.3 Ainda sobre as questões controvertidas acerca dos limites lógicos probatórios: a necessidade de antecipação pela defesa daquilo que pretende provar e a legitimidade da aplicação do instituto norte-americano do *offer of proof* no sistema processual penal brasileiro

Com vistas à realização do controle da admissibilidade da prova requerida pela defesa, a experiência norte-americana tem autorizado que, em casos de dúvidas da parte acusadora, ou do próprio Juízo acerca da relevância *lato sensu* da prova que se pretende produzir, seja determinado que o acusado demonstre que aquilo que visa provar será ao menos

sacrificaria, de forma considerável, o direito à prova das partes, além de gerar um prejulgamento, uma vez que o juiz que admite a prova será o mesmo que a valorará (LORUSSO, Sergio, “La prova scientifica”. In: GAITO, Alfredo. **La prova penale**. Torino: UTET, 2008, v. 1, p. 325-6). No mesmo sentido, ver UBERTIS, Giulio. **Sistema di procedura penale**. 2ª ed. Torino: UTET, 2007, v. 1, p. 103.

¹¹²¹ Termo utilizado por Caprioli, no original: *trappole della scienza* (CAPRIOLI, Francesco. “La scienza ‘cattiva maestra’: le insidie della prova scientifica nel processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 3528, 2008.

¹¹²² Regido pelo princípio da *ampla* defesa – e não da simples defesa, ou do mero direito a confrontar aquilo apresentado pela acusação. Nesse sentido, Merritt e Simmons afirmam que “*it also seems appropriate to rule generously in favor of evidence offered by criminal defendants [...]*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 65). Martin igualmente aceita a possibilidade de se afastar regras de exclusão da prova em favor do acusado, “*because it would keep out reliable evidence helpful to the accused*”, privilegiando, assim, o direito à ampla defesa (MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress did not write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, p. 179). Para mais questões acerca da admissibilidade da prova testemunhal pericial em favor do acusado, ver IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 648-73.

¹¹²³ Neste sentido, ver GIANNITI, Pasquale. **La valutazione della prova penale**. Torino: UTET, 2005, p. 192 e ss; GIANFROTTA, Francesco. “Art. 220”. In: CHIAVARIO, Mario. **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2, p. 572.

¹¹²⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 233.

potencialmente útil ao caso defensivo.

Assim, conforme sustentado por Lilly, o instituto da *offer of proof*, que se encontra regrado na *Rule 103* das FRE, deverá conter (i) a descrição da prova que se pretende produzir, bem como (ii) aquilo que se pretende comprovar com o meio de prova requerido.¹¹²⁵

Na experiência jurídica nacional, embora se possa verificar uma prática jurisprudencial atual tendente a exigir, em caso de dúvida, a comprovação da relevância e pertinência da prova requerida pela defesa,¹¹²⁶ em meados do século passado, tal postura encontrava resistência dos nossos tribunais, sob o fundamento de que haveria, ao menos quanto à prova testemunhal, um “direito límpido que assiste às partes de arrolar qualquer pessoa que não se insira nas proibidas, independentemente de justificação”.¹¹²⁷

Note-se, todavia, que não se verifica qualquer empecilho – ou ilegitimidade – na importação da figura da “justificativa de prova” (*offer of proof*) aos países regidos pelo sistema da *civil law*, exatamente porque o fundamento de tal instituto não encontra raízes em qualquer especificidade do sistema adversarial, mas sim, principalmente, na necessidade de se garantir o efetivo controle judicial da prova a ser produzida pelas partes.¹¹²⁸

Nessa seara, o atual *Codice di Procedura Penale* italiano, em seus arts. 468, *comma* 1,¹¹²⁹ e 493, *comma* 1,¹¹³⁰ determina claramente que, quando do momento legal de

¹¹²⁵ Conforme Seção III.6.2.3.

¹¹²⁶ Neste sentido, o seguinte trecho de acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Como se sabe, embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma motivada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte” (STJ – 5ª Turma, **RHC n. 61.497/TO**, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18/11/2015). No mesmo sentido: STJ – 5ª Turma, **RHC n. 96.306/RJ**, Rel. Min. Felix Fisher, DJe 10/08/2018.

¹¹²⁷ TJSP – **Correção parcial n. 71.533-3**, Rel. Desemb. Ary Belfort (RT 639/289). Neste mesmo sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na Apelação n. 767.321/8, de relatoria de Oliveira Passos, assentou, acerca do indeferimento do pedido de oitiva de uma testemunha no exterior que: “[...] ainda que com boa intenção de evitar a prescrição, o d. Magistrado feriu o direito da defesa de ouvir aquelas testemunhas. Não atentou para que o acusado podia arrolar qualquer pessoa, desde que não proibida de depor, como ‘in casu’, não estavam. A lei não exige que as partes justifiquem porque arrolam esta ou aquela pessoa” (**Boletim AASP 1849**, 01 a 07/06/91, p. 175).

¹¹²⁸ Neste sentido, a CEDH, em decisão profetida no caso *Perna v. Italy*, pareceu julgar legítima a possibilidade de se estabelecer a exigência da “justificativa de prova”. Isso porque, no referido julgamento, que envolvia o crime de difamação, foi mantida a decisão de indeferimento de prova documental e testemunhal requerida pelo acusado, sob o fundamento de que ele não teria comprovado sua relevância para contraditar os termos da acusação, não havendo, assim, qualquer violação aos arts. 6(1) e 3(d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (**Perna v. Italy** [GC], 48898/99, 06/05/03). Note-se que, nesse mesmo diapasão, se a CIDH não verificar imediatamente a relação entre a prova requerida e o caso objeto do debate, será requerido às partes que justifiquem a sua juntada, como se pode verificar, na sugestão apresentada no caso *Bueno-Alves v. Argentina* (CIDH. **Bueno-Alves v. Argentina**, Merits, Reparations and Costs, Judgment, [ser. C] n. 164, 19/05/07). No mesmo sentido, no caso *Torres et al. v. Argentina*, a prova foi inadmitida porque o requerente supostamente não justificou de forma clara a relação da prova com o caso (CIDH. **Torres et al. v. Argentina**, Request of Public Hearing, Order of the President, 29/04/2011).

¹¹²⁹ Art. 468, *comma* 1: “*Le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210 devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, almeno*

arrolamento de provas, as partes exponham, ainda que sucintamente, as circunstâncias que pretendem ver provadas, ou seja, seu projeto probatório (*progetto probatorio*).¹¹³¹ Tratam-se dos chamados atos introdutórios ao *dibattimento* (*atti introduttivi al dibattimento*), que são sucedidos pela fase de *istruzione dibattimentale*, iniciada esta exatamente com a decisão (*ordinanza*) acerca da admissão das provas requeridas pelas partes.

A própria doutrina italiana vem apontando similaridades entre tal fase introdutória, prevista pelo novo CPPi, e o *opening speech* do sistema norte-americano, no qual a acusação expõe ao magistrado os fatos objetos do processo e sua relação com as provas requeridas em juízo.¹¹³²

Inclusive, a criação de tal exigência pela lei italiana foi apenas uma das diversas inovações trazidas pela “nova” codificação processual penal de 1988, quando esta buscou aproximar o sistema processual penal daquele país ao modelo acusatório. Diferentemente do que acontecia na sistemática anterior, o magistrado da fase processual não tem mais acesso aos elementos probatórios produzidos na fase investigatória, impedindo-o, assim, de adquirir prévio conhecimento acerca da pertinência ou relevância da prova requerida pelas partes.¹¹³³ Cabe às partes, portanto, em sua argumentação inicial, reconstruir os fatos da causa e

sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.”

¹¹³⁰ Art. 493, comma 1: “*Il pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato nell'ordine indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove.*”

¹¹³¹ Expressão utilizada por Orlandi (ORLANDI, Renzo. “L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 41, Milano: Giuffrè, 1998, p. 477). Furgiuele afirma, todavia, que, à parte, não cabe o ônus de análise específica de cada prova requerida, podendo apenas sua justificação se relacionar aos fatos descritos na imputação, conforme se pode verificar no seguinte trecho: “*L'interpretazione prevalente è nel senso che sulle parti non incomba alcun onere di 'capitolazione della prova' alla stregua del processo civile; con l'implicazione che non è comminata alcuna sanzione di inammissibilità nel caso di omessa indicazione delle specifiche circostanze su cui deve vertere l'esame. In tale solco si inserisce quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il dato letterale di cui all'art. 468 c.p.p. è ampiamente soddisfatto anche senza la specifica indicazione delle circostanze, ma semplicemente per relationem ai fatti ricompresi nel capo d'imputazione*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 43). Sobre a questão, ver ainda RIVELLO, Pier Paolo. **Il dibattimento nel processo penale**. Torino: UTET, 1997, p. 74; FERRUA, Paolo. “La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano”. In: _____. **Studi sul processo penale**. Torino: Giappichelli, 1992, v. 2, p. 97.

¹¹³² AMODIO, Ennio. “Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana”. In: _____. BASSIOUNI, M. Cheriff (Orgs.). **Il processo penale negli Stati Uniti d'America**. Milano: Giuffrè, 1988, p. LII. Todavia, Bianchi, em sentido contrário, sustenta que tal momento do procedimento anglo-saxão tem como principal fim convencer os jurados de que a tese defendida pela parte é a que deve prevalecer, e que tal ponto será reforçado com a posterior produção de prova na fase instrutória (BIANCHI, Giuseppe. **L'ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell'attività argomentativa delle parti, p. 93-4).

¹¹³³ Sobre a questão, Bianchi: “*Vigente il codice Rocco, il giudice decideva quali prove ammettere in giudizio sulla base della pregressa conoscenza dei fatti di causa che gli derivava dalla lettura del fascicolo istruttorio. Questa conoscenza rendeva l'argomentazione delle richieste probatorie non essenziale in quanto l'organo giudicante era in grado di valutarne direttamente la rilevanza e la pertinenza all'oggetto del giudizio che, appunto, già conosceva*” (Ibid., p. 55).

sustentar a necessidade de produção da prova requerida para dar suporte às suas teses apresentadas em juízo.¹¹³⁴

Embora em nosso sistema ainda haja a possibilidade de acesso do magistrado às provas produzidas durante a investigação preliminar, a inexistência no processo penal brasileiro da *pretrial discovery*¹¹³⁵ ou mesmo de uma fase de saneamento,¹¹³⁶ faz com que não se vislumbre qualquer óbice para que, havendo grande dúvida judicial acerca da admissibilidade da prova, possa o julgador exigir, com base nos princípios da lealdade e da boa-fé processual,¹¹³⁷ que as partes igualmente descrevam minimamente a prova a ser produzida, bem como seu objetivo com tal produção.

Note-se que o próprio Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América prevê, em seu art. 283, a exigência de indicação, pelas partes, das circunstâncias ou fatos que pretendem ver comprovados por meio das provas por elas requeridas.¹¹³⁸

Não se nega aqui a dificuldade inicial de se impor tal conduta à defesa do acusado, podendo eventualmente ser aduzida a impossibilidade de obrigá-lo a adiantar suas teses defensivas no momento inaugural da fase processual, sob pena de violação do princípio da ampla defesa.

Sobre a questão, parece, todavia, que uma análise sistemática das alterações recentes introduzidas em nossa codificação – principalmente criadas pela Lei n. 11.719, de 2008 – demonstra claramente a existência de um viés colaboracional no atual procedimento penal, como, por exemplo, quando o novo art. 396-A do CPP optou por alargar o escopo da primeira manifestação da defesa técnica do réu, que, diferentemente do que ocorria com as antigas alegações preliminares, agora, em regra, conterà “tudo o que interesse à sua defesa”, com vistas a obter o eventual julgamento antecipado da lide (CPP, art. 397).

Com o advento de tal alteração procedimental, na atual sistemática, grande parte das

¹¹³⁴ Ibid., p. 55.

¹¹³⁵ Analisada na seção III.6.1

¹¹³⁶ Nas ações cíveis, o CPC/15 estabelece, em seu art. 357, inciso II, que, na decisão de saneamento, deverá o juiz “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos”.

¹¹³⁷ O princípio da colaboração processual se encontra positivado atualmente no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015. Embora exija-se certa adaptação a aplicação de tal regra principiológica em nosso sistema processual penal, acredita-se que o Processo Penal deve ser regido ao menos pelos princípios da lealdade e da boa-fé processual.

¹¹³⁸ Art. 283. “*Ofrecimiento de prueba. Para ofrecer prueba se presentará la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y se señalará los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate. Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio. Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallan, para que el tribunal los requiera. Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretende probar.*”

teses defensivas já serão naturalmente apresentadas pelo acusado no momento inicial do processo, não parecendo correto afirmar (mesmo porque estaria na contramão da ideia de lealdade processual) que o réu tem o direito inequívoco de surpreender o acusador quanto ao conteúdo da prova a ser produzida.

Isso porque a mínima exposição acerca da relação entre a prova que se pretende produzir e aquilo que se deseja provar, além de servir ao magistrado para avaliar a relevância *lato sensu* da prova, também apresenta como função subsidiária evitar a surpresa da parte contrária quando do momento da produção probatória.¹¹³⁹

Dessa forma, embora realmente, em um primeiro momento, a prova requerida pelo acusado não tenha que ser justificada¹¹⁴⁰ – até por ausência de previsão expressa neste sentido –, caso o magistrado, em análise perfunctória, entenda ser a mesma provavelmente proscrita pelo art. 400, § 1º, do CPP, deverá, antes de imediatamente indeferi-la, intimar o requerente para que, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, e na forma como previsto no sistema norte-americano, demonstre a relevância *lato sensu* da prova.¹¹⁴¹

Evidentemente, porém, como bem ressaltado por Westen,¹¹⁴² não se pode obrigar o acusado, nessa fase inicial do procedimento, a desenvolver de forma exauriente sua argumentação acerca da prova, devendo ele proceder desta forma somente quando de suas razões finais.¹¹⁴³

¹¹³⁹ Sobre a questão, Adorno afirma que: “*Ne deriva che ogni lacuna si riflette negativamente sul diritto alla prova contraria dell’imputato e del pubblico ministero, il cui esercizio presuppone l’esatta conoscenza dei fatti che costituiscono oggetto delle prove a carico e, rispettivamente, a discarico (art. 495 comma 2 c.p.p.), e sulla consapevolezza del controllo giudiziale in sede di ammissione delle prove*” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 28). Também apontando que tal momento é importante para garantir o *controesame* (PAULESU, Pier Paolo. **Giudice e parti nella ‘dialettica’ della prova testimoniale**, p. 50 ss).

¹¹⁴⁰ Badaró, por exemplo, sustenta que “não cabe à parte que requereu a prova demonstrar sua relevância”, podendo o juiz, ao constatar “a manifesta irrelevância da prova, indeferi-la” (BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 21).

¹¹⁴¹ Sobre a questão da análise, pela outra parte, acerca das provas requeridas, bem como sua relação com a antecipação das teses por ela sustentadas no curso do processo, Bianchi afirma que “[...] *l’accusa e la difesa, esaminando le liste depositate, apprendono, in tempo utile per l’inizio del dibattimento, importanti elementi in ordine alla strategia processuale che la controparte intende perseguire*”. Segundo o mesmo autor, o depósito da lista testemunhal tem uma função de *discovery*, evitando-se, assim, a surpresa da parte contrária (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 67-8). Peroni também traça a relação entre o depósito da lista e a garantia do contraditório das partes (PERONI, Francesco. “Sull’onere di allegazione di cui all’art. 468 comma 1 c.p.p.”. **Cassazione Penale**, p. 1155-7, 1993). Interessante o posicionamento de Iacoviello acerca do tema, quando afirma que a exigência do art. 468 do CPPi, seria, inclusive, mais útil à acusação do que à defesa, uma vez que esta última já tem conhecimento acerca das teses que serão desenvolvidas pelo acusador no curso da fase processual, em razão da análise do *fascicolo* ministerial (IACOVIELLO, Francesco Mauro. “Processo di parti e poteri probatori del giudice”. **Cassazione Penale**, p. 286-8, 1993).

¹¹⁴² Conforme seção III.6.2.3.

¹¹⁴³ Segundo Adorno, a parte, nesse momento: “*può prospettare in modo sommario il contenuto dei futuri mezzi di prova, ma non argomentare usando il tono assertorio consono alla fase della discussione, nella quale sono*

Não se verifica, assim, qualquer restrição desproporcional ou indevida ao direito à ampla defesa na exigência da “justificativa de prova” quando o magistrado não consiga verificar, de plano, a relevância *stricto sensu* ou a pertinência da prova requerida pelo acusado, intimando-o para que preste os esclarecimentos cabíveis. Visa tal procedimento, repita-se, dar efetividade à regra legal de inadmissão probatória.¹¹⁴⁴

Todavia, por razões de evidente respeito à isonomia das partes, há que se ressaltar que tal procedimento também deve ser adotado pelo magistrado perante a acusação¹¹⁴⁵ quando esta, sem especificar nem mesmo minimamente a relação entre as provas testemunhais requeridas e o fato narrado na inicial – às vezes, sequer fazendo menção às folhas do inquérito em que estariam referidas¹¹⁴⁶ –, aponta somente o nome das testemunhas a serem ouvidas no curso do processo.¹¹⁴⁷

Procedimento similar ao *offer of proof* já se encontra, inclusive, positivado em nosso sistema através do art. 222-A do CPP, incluído pela Lei n. 11.900, de 2009, que exige a demonstração da imprescindibilidade da prova no caso de requerimento de expedição de carta

ammessi apprezzamenti definitivi sui risultati probatori” (ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 30).

¹¹⁴⁴ Mendonça, sobre o ponto, afirma que, após a introdução do parágrafo 1º, no art. 400 do Código de Processo Penal, “atualmente o magistrado, inclusive, pode determinar que a defesa apresente a justificativa da prova – ou seja, qual o ponto de fato que aquela prova buscará esclarecer – para que, assim, analise a sua pertinência ou relevância, bem como para identificar eventuais manobras procrastinatórias” (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 188).

¹¹⁴⁵ Ennio Amodio, verificando a evidente diferença na postura do magistrado frente às provas requeridas pela defesa, afirma que os julgadores tendem a conferir maior *valore di verità* aos atos praticados pela acusação, seja porque trata-se de ente estatal, seja porque “*sono a conoscenza, per esperienza professionale, della quantità di dichiarazioni false che penetrano nell’iter giudiziario*” (AMODIO, Ennio. “L’esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi anglo-americana e le scelte del legislatore italiano”. In: STONE, M. **La cross-examination: strategie e tecniche**. Milano: Giuffrè, 1990, p. XXVI. Nesse mesmo sentido, Bianchi afirma que “*il difensore deve superare, altresì, il generale sospetto col quale sono valutate le richieste probatorie della difesa, rispetto alle quali i giudici muovono da una posizione di ‘precostituita diffidenza*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 97).

¹¹⁴⁶ Sobre o perigo de não se reger minimamente a forma de requerimento probatório ministerial no sistema italiano, Stefani afirma que se deve impedir uma grande liberdade argumentativa daquele órgão neste momento, evitando-se, assim, uma apresentação lacunosa de sua justificativa probatória, de modo que não sobraria outra opção ao magistrado que não admitir todas as provas requeridas pelo acusador (STEFANI, Eraldo. **L’accertamento della verità in dibattimento: la difesa e l’accusa nella formazione della prova**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 45).

¹¹⁴⁷ Evidentemente que não necessitará a acusação apontar a razão de se requerer a produção de determinada prova quando tal questão se tornar evidente com a simples leitura das peças de informação que instruem a denúncia (v.g. quando a testemunha já prestou depoimento em fase de inquérito). Neste sentido, inclusive, já decidiram reiteradas vezes as cortes italianas (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. *Analisi dell’attività argomentativa delle parti*, p. 76). Todavia, em casos mais complexos, nos quais as peças que instruem a denúncia são extremamente numerosas, releva-se imprescindível que a justificativa do pedido de prova seja exigida pelo magistrado para a análise de sua inadmissibilidade.

rogatória,¹¹⁴⁸ embora não se possa concordar com a ilegítima limitação advinda da necessidade de pagamento antecipado das custas da diligência pelo acusado, uma vez que tal valor apenas deveria ser devido quando da eventual condenação transitada em julgado.¹¹⁴⁹

Saliente-se, novamente, que o sistema probatório deve sempre se desenrolar através de um regime de inclusão,¹¹⁵⁰ ou seja, a regra deve ser a admissão dos meios de prova requeridos pelas partes. Por essa razão, é importante o alerta de Badaró de que nossa jurisprudência muitas vezes tem adotado como padrão, de forma equivocada, o indeferimento do pleito probatório da defesa até que esta comprove sua relevância *stricto sensu* ou pertinência.¹¹⁵¹

Assim, o que aqui se propõe é o procedimento inverso. Analisada a prova requerida, e entendendo o magistrado, no primeiro momento, por sua provável irrelevância ou impertinência, deverá ele intimar a defesa para, querendo, fundamentar seu pleito, justificando a ligação direta ou indireta da prova que se pretende produzir com o *thema probandum*. Caso seja demonstrado indício de relevância *lato sensu* da prova, esta deverá ser deferida.

O próprio vocábulo “manifestamente” previsto em nossa codificação processual penal para adjetivar a impertinência e a irrelevância da prova a ser inadmitida demonstra que a regra é sua admissão, apenas devendo ser intimado o acusado para prestar esclarecimentos acerca da relevância *lato sensu* da prova por ele requerida quando o magistrado entender ser ela provavelmente incabida. Existindo mera dúvida, deve-se privilegiar a prova, determinando

¹¹⁴⁸ Acerca de tal procedimento, exigido para a expedição de carta rogatória, Mendonça afirma que deveria ser comprovado a imprescindibilidade da prova pelo requerente, ou seja: (i) sua pertinência, isto é, que “diga respeito ao *thema probandum*”; (ii) sua necessidade, ou seja, que “irá influenciar no julgamento do feito”; bem como (iii) a impossibilidade de se produzir a prova por outro meio. O autor apresenta como exemplos desse último requisito a possibilidade de a prova testemunhal ser suprida pela via documental, ou por outras testemunhas situadas no Brasil (MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**, p. 188).

¹¹⁴⁹ Mendonça atribui tais restrições a um intuito legal de “assegurar uma prestação jurisdicional célere e assegurar a rápida duração do processo” (Ibid., p. 188). Note-se que nossa jurisprudência sempre admitiu a necessidade de pagamento de custas prévias em cartas rogatórias em Processo Penal (STJ – 6ª Turma, **HC n. 37.690/SP**, Rel. Min. Nilson Naves, julg. em 30/06/2005; STF – 1ª Turma, **HC n. 85.653**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. para acórdão Min. Carlos Britto, julg. em 05/08/2008).

¹¹⁵⁰ É por isso que Adorno sustenta a existência de uma presunção *iuris tantum* de admissibilidade da prova requerida pelas partes. O autor afirma, então, que, ao menos *a priori*, “*no deve essere la parte a dimostrane la legalità, la rilevanza e l'utilità, per ottenere l'ammisione, ma à il giudice che, per negarla, deve accertarne l'illegalità oppure la 'manifesta' irrilevanza o superfluità*” (ADORNO, Rossano. **L'ammisione della prova in dibattimento**, p. 147). Neste mesmo sentido, ver ILLUMINATI, Giulio. “Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale”. In: FERRRUA et al. **La prova nel dibattimento penale**. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 84; CHIAVARO, Massimo. “Considerazioni sul diritto di prova nel processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 2019, 1996.

¹¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 20 e nota 121.

sua produção sem prévia manifestação da defesa.¹¹⁵²

4.2 Dos limites epistemológicos como hipóteses de restrições indevidas ao direito à prova defensiva

Como visto na Seção II.3.1.2, embora nosso Código de Processo Penal estabeleça em seu art. 202 a possibilidade, em tese, de toda pessoa figurar como testemunha, também prevê algumas restrições à produção de prova testemunhal com base em sua possível ausência de confiabilidade mínima. Isso visaria, dessa forma, assegurar uma melhor qualidade cognitiva do resultado probatório, revelando-se, tais hipóteses, claros limites epistemológicos ao exercício do direito à prova pelas partes.

Apresentam-se como exemplos das referidas restrições legais os seguintes dispositivos do nosso CPP: (i) art. 206, que estabelece estarem desobrigadas a prestar esclarecimentos pessoas que apresentam certo grau de parentesco com o acusado, com a ressalva de que seus depoimentos poderão ser exigidos quando não for possível produzir a prova por outro meio; e (ii) art. 207, que prevê a proibição de se obrigar o testemunho daqueles que, em função de atividade profissional ou ministério, tomaram ciência de informações sobre as quais deverão guardar segredo, ainda que desobrigados pelo titular originário do sigilo.

Ainda com o mesmo fim de garantir a confiabilidade do material probatório produzido, nossa codificação processual penal estabelece em seu art. 155, parágrafo único, uma restrição adicional à regra geral da liberdade de produção probatória ao estabelecer que “quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Essa limitação parece ter sido reafirmada por nossos tribunais com a Súmula n. 74 do Superior Tribunal de Justiça, ao prever que, “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Embora não se vislumbre qualquer empecilho em se estabelecer tais obstáculos epistemológicos à produção de prova por parte da acusação, em razão do elevado *standard* probatório necessário para que sejam consideradas comprovadas as teses por ela sustentadas – o que necessariamente encontra relação direta com a confiabilidade das provas apresentadas pelo órgão acusador –, há de se questionar a legitimidade de sua adoção para inadmitir a

¹¹⁵² Neste sentido, ver *Ibid.*, p. 20.

prova requerida ou produzida pela defesa.

Isso porque o simples fato de serem previstos, em abstrato, critérios para se catalogar o nível de confiabilidade de determinada prova que ainda sequer foi produzida, por si só, revela-se questionável. Nesse sentido, Ferrajoli, criticando o sistema de provas legais, afirma ser “falsa qualquer generalização sobre a confiabilidade de uma modalidade de prova ou conjunto de provas”.¹¹⁵³

Especificamente quanto à possibilidade da não prestação de depoimento por parentes próximos – determinando a lei que caberá somente ao declarante decidir acerca de seu comparecimento em juízo –, cabe ressaltar que, embora, em regra, tal prescrição não venha a atingir o direito à prova defensiva (na prática, o familiar do acusado tenderá voluntariamente a comparecer em audiência com vistas a auxiliar na defesa de seu parente), não se pode deixar de vislumbrar a possibilidade da existência de eventual rixa entre ambos, que poderia afastar, de forma ilegítima, a utilização de suas declarações em favor do réu.

Imagine-se, por exemplo, hipótese na qual o irmão do acusado, embora tenha ciência de que este não se encontrava no local do crime no momento do fato, por questões estranhas ao objeto da ação penal, como, por exemplo, eventuais desavenças acerca de herança a ser repartida, negue-se a comparecer em juízo para prestar esclarecimentos, na forma do art. 206 do CPP.

Não se revela como restrição legítima ao direito do réu de se defender provando – consubstanciado este na possibilidade de utilizar toda e qualquer prova em seu favor para comprovar a sua inocência – afastar-se a utilização por ele de tal testemunho¹¹⁵⁴, sendo certo que eventual peso relativo à veracidade das afirmações do declarante poderia ser avaliado pelo magistrado quando do julgamento de mérito.¹¹⁵⁵

Note-se ainda que, se o possível controle prévio da confiabilidade da prova não parece ser suficientemente importante a ponto de afastar o direito à prova defensiva, tampouco a segunda razão comumente apontada para a criação de tal restrição, concretizada na necessária

¹¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, p. 109.

¹¹⁵⁴ Neste sentido, mais especificamente acerca do chamado “privilégio marital”, Imwinkelried e Garland afirmam que: “*The spousal privilege in question belongs to a prosecution witness rather than to the accused and her spouse. On either assumption, the accused must resort to the contention that her constitutional right to present evidence overrides the spousal privilege*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 521)

¹¹⁵⁵ Em Processo Civil, Greco afirma que “não é a solidariedade familiar que justifica o impedimento para depor dos familiares das partes, mas o risco da produção de provas suspeitas. Enquanto as escusas de depor são intransponíveis, o impedimento da testemunha decorrente do parentesco não é absoluto, devem ser afastados pelo juiz que reputar necessário o depoimento para apuração da verdade, pois, apesar da suspeição, pode fornecer elementos necessários à clarificação das circunstâncias envolvidas no caso” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 20).

proteção da entidade familiar, apresenta-se como interesse de maior valor do que a proteção da liberdade do acusado.

Viu-se que, em tempos pretéritos, já se autorizou no sistema da *common law* a exclusão da produção probatória de declarações de diversas classes de testemunhas que, ao menos em tese, eram consideradas presumidamente indignas de fé.¹¹⁵⁶ Todavia, o afastamento pelas Cortes de tais disposições se deu exatamente porque se mostravam extremamente arbitrarias, podendo se atingir desnecessariamente o valor “verdade” ao afastar do julgador a possibilidade de ter ciência de declarações materialmente relevantes.

Não se pode estabelecer *a priori* que todo e qualquer depoimento de pessoas ligadas ao réu será parcial, e, por consequência, discordante com a verdade, devendo tal conclusão ser obtida somente após o cotejo das declarações testemunhais com as demais provas constantes nos autos. Essa é a razão pela qual se concorda com Peter Westen quando este, em análise à *compulsory process clause* prevista na Sexta Emenda, afirmou que “o defendente tem o direito constitucional a produzir testemunho quando a capacidade deste em fornecer prova confiável seja algo sobre o qual, de forma razoável, pessoas possam divergir”.¹¹⁵⁷

Nesse diapasão, tampouco a ressalva legal do art. 206 do CPP de que o depoimento de parentes poderá ser exigido quando não for possível produzir prova por outro meio, resolve o problema da manifesta e irrazoável restrição ao direito à prova defensiva. Evidente que a vedação probatória absoluta nunca se coadunará com o direito constitucional à prova, especialmente quando se revela como único meio de atestar determinada questão relevante.¹¹⁵⁸

Entretanto, um depoimento não é por vezes suficiente, de forma isolada, para conferir peso mínimo à tese defensiva a fim de se afastar o vindouro decreto condenatório. Assim, ainda que não se apresentando como única prova disponível à defesa, o depoimento do parente, na maioria das hipóteses, servirá como prova corroborativa de outra já existente, devendo, assim, ser deferido em favor do acusado, em respeito ao princípio da ampla defesa.

Como bem apontado por Malatesta, “todos os motivos de suspeição, portanto, sendo

¹¹⁵⁶ Ver Seção III.6.3.4.

¹¹⁵⁷ Do original: “[...] the defendant has a constitutional right to produce any witness whose ability to give reliable evidence is something about which is reasonable people can differ” (WESTEN, Peter. “Compulsory Process II”. *Michigan Law Review*, p. 203). Isso porque, “when viewed through the lens of the reasonable doubt rule, to exclude defense evidence (and thereby increase the risk of an erroneous conviction) solely out of concern about the risk of an erroneous acquittal is flatly unacceptable” (GOLDWASSER, Katherine. “Vindicating the Right to Trial by Jury and the Requirement of Proof beyond a Reasonable Doubt: A Critique of the Conventional Wisdom about Excluding Defense Evidence”. *Georgetown Law Journal*, n. 86, p. 635-6, 1998).

¹¹⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 159.

absolutos ou relativos, não podem conduzir logicamente senão a estar em guarda com certas testemunhas e a não lhes dar um excessivo valor; mas nunca excluí-los do campo das provas”.¹¹⁵⁹

Ressalte-se, ainda, sobre o depoimento exculpatório apresentado por parentes do acusado, que a solução apresentada pelo art. 208 do nosso CPP, de não deferimento do compromisso a tais pessoas, que se estende igualmente a eventuais “doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos” a serem ouvidos,¹¹⁶⁰ revela-se, como visto no Capítulo II, absolutamente despiciendo, e muitas vezes contraproducente.¹¹⁶¹ Isso porque o objetivo primário de tal dispositivo, que seria afastar a possibilidade de imputação a tais declarantes do crime de falso testemunho (CP, art. 342) por atipicidade, nunca se atingirá, já que o compromisso não se revela como elemento objetivo do tipo.¹¹⁶²

E há de se criticar, ainda, a postura equivocada de nossa jurisprudência em caracterizar tais testemunhas como “informantes”, figura esta que sequer existe em nossa codificação, induzindo-se, de forma indevida, que seus depoimentos, antes mesmo de sua produção, teriam uma menor qualidade probatória do que aquele produzido pelas demais fontes de prova oral, o que poderá atingir inadvertidamente o direito à produção probatória defensiva, quando se tratar de testemunha requerida pelo acusado.

Ademais, tem-se inclusive verificado na praxe forense a realização, por parte de magistrados, de questionamentos a testemunhas acerca de sua possível relação de amizade íntima¹¹⁶³ ou inimizade capital¹¹⁶⁴ com o acusado, com vistas a evitar o deferimento do

¹¹⁵⁹ MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 354.

¹¹⁶⁰ Cabe ressaltar que a testemunha menor de idade, ou mesmo deficiente mental, deverá sempre ser ouvida se necessária para comprovar ou sustentar as teses defensivas, podendo ser aplicadas, em seu depoimento, se necessárias, algumas técnicas para reduzir eventuais prejuízos ao depoente, como aquelas apontadas por Malan para se garantir o direito ao confronto de testemunhas menores que atestariam a prática do crime, quais sejam: “o uso de: (i) telas entre testemunha vulnerável e acusado na sala de audiências; (ii) circuito audiovisual interno; (iii) gravação em vídeo do depoimento prestado antes do julgamento; (iv) intermediários entre a testemunha e os responsáveis pela inquirição da testemunha; (v) proibição de que o acusado em pessoa realize o exame cruzado da testemunha” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**, p. 187).

¹¹⁶¹ Infelizmente, tal dispositivo foi repetido no substitutivo ao projeto do novo Código de Processo Penal (PL n. 8045/2010), em seu art. 201, ao estabelecer que: “Não se deferirá o compromisso de dizer a verdade aos menores de dezesseis anos, àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, nem às pessoas que legalmente podem se recusar a depor”.

¹¹⁶² Cabe ressaltar, todavia, que a tais pessoas nunca se poderia imputar o crime de falso testemunho, seja em razão de inexigibilidade de conduta diversa, no caso dos parentes que buscam proteger o ente familiar denunciado, seja em razão da inimputabilidade dos deficientes mentais e menores de 18 anos.

¹¹⁶³ Para Malatesta, “o amor ao próximo, como causa de suspeita, concretiza-se na amizade pelo acusado ou ofendido” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 353). Desenvolvendo o tema, Cambi afirma que “para serem esses amigos reputados íntimos, é necessário que, devido ao grau de profundidade e de intimidade dessa relação, possam ser considerados membros da família (v.g., a pessoa que é hóspede da parte, que sempre viaja em sua companhia ou frequenta permanentemente a sua casa). Nesse mesmo diapasão, ainda poderiam ser incluídos os namorados e os noivos [...]” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 176).

compromisso, hipótese esta que não está sequer prevista em nossa legislação processual penal.

Não há dúvidas de que tanto a amizade quanto a inimizade intensas podem gerar na testemunha certa predisposição a favorecer ou prejudicar o réu.¹¹⁶⁵ Todavia, novamente a solução mais acertada não é se estabelecer uma hierarquia de provas antes mesmo da produção do depoimento, tachando a fonte de prova de informante, mas sim, após contraditada (CPP, art. 214), ouvi-la como efetiva testemunha, valorando-se a confiabilidade de suas declarações apenas após a sua produção, ao cotejar sua harmonia interna (verificando-se eventuais contradições entre as respostas) e externa (analisando-se com as demais provas dos autos).

Quanto à limitação probatória, prevista no art. 207 do CPP, referente à proibição de se obrigar determinadas pessoas a prestarem depoimento, em respeito ao sigilo referente a atividades profissionais, funcionais ou ministeriais, ainda que desobrigadas pelo detentor original do segredo, esta revela-se igualmente desarrazoada.

O direito do advogado, do médico, ou do ministro religioso de não depor em juízo acerca das questões que lhes foram informadas secretamente foi estabelecido, conforme analisado no Capítulo II, em benefício não apenas do titular originário do segredo, mas também do próprio profissional¹¹⁶⁶ e da sociedade.¹¹⁶⁷

Assim, cabe ressaltar, primeiramente, que estes dois últimos interesses (profissional e social), quando em conflito com o direito fundamental à prova defensiva, devem ser, em regra, relativizados. Isso porque o próprio art. 154 do CP, que tipifica a prática do crime de violação de segredo funcional, estabelece que tal conduta apenas será criminosa quando o profissional revelar informações sigilosas “sem justa causa”. O objetivo evidente, assim, da criminalização da violação de sigilo é evitar que tal revelação pudesse produzir danos a

¹¹⁶⁴ Para Malatesta, “o ódio aos outros, como causa de suspeita, configura-se na inimizade pelo acusado ou ofendido” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 353). Sobre essa mesma questão, Cambi sustenta que: “o inimigo capital é aquela pessoa que, motivada por uma rixa, frustração, trapaça, indelicadeza anterior, poderia valer-se do seu testemunho para vingar-se e, motivada pelo intuito de prejudicar a parte, deixaria de colaborar com a administração da justiça” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 176).

¹¹⁶⁵ Nesse sentido, acerca de tais testemunhos, Malatesta afirma que: “não só dão a suspeita de querer enganar, mas servem, por vezes, também para legitimar a suspeita, em relação a um dado conteúdo do depoimento, de que a testemunha se engane, como quando o depoimento verse, não sobre fatos materiais, em relação aos quais a afeição nunca pode modificar o funcionamento dos sentidos, mas sobre fatos morais, que se apresentam diversamente, segundo sua apreciação diversa, à qual é grandemente influenciada por uma predisposição diversa de espírito ou prevenção, se se quiser dizer” (MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 354).

¹¹⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**, v. 3, p. 304.

¹¹⁶⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 3, p. 222.

terceiros injustificadamente, e não impedir a produção de prova possivelmente apta a inocentar o acusado.

Assim, desobrigado pelo titular do sigilo, o art. 207, CPP, não poderá ser oposto pelo profissional para impedir a produção de prova defensiva.

Assiste razão a Nicola Malatesta ao afirmar que:

[...] o confessor, o advogado, o embaixador, que têm a obrigação moral de calar sobre fatos a eles confiados na qualidade, só têm esta obrigação quanto a seu estado, profissão, ou ofícios que atuaram como promessa implícitas e antecipadas de segredo, sobre o espírito do confidente, induzindo-o a falar, na legítima fé de que o segredo não seria violado. Disto se conclui que o dever do silêncio só subsiste na hipótese de que o confidente queira manter o segredo da confidência. Mas toda hipótese deve desaparecer em face da realidade. Quando o cliente diz a seu advogado ou médico: 'autorizo-o a publicar minhas confidências', ou o penitente diz ao confessor: 'quebre o sigilo confessional', então o dever de calar não mais subsiste, afirmando-se, sem contestação, em toda sua força, o dever civil de prestar depoimento. Somos, por isso, de parecer que, no caso de confidência do acusado ou de seu parente, sob espontâneo pedido do primeiro ou do segundo (incluindo naturalmente, como o mais inclui o menos, o consentimento da publicidade), o médico, o advogado ou confessor não só podem, como devem depor sobre a matéria da confidência. [...] O confessor, o médico, o embaixador, não terão, então, direito algum a se recusarem a depor e poderão ser obrigados, por todos os meios e todas as penas que a lei comina a qualquer outra testemunha.¹¹⁶⁸

A questão, todavia, se torna mais tormentosa quando o titular originário do segredo não autoriza qualquer das pessoas elencadas no referido dispositivo a prestar depoimento. Isso porque seu interesse à privacidade revela-se como projeção da dignidade humana,¹¹⁶⁹ mostrando-se importante neste ponto a análise dos critérios para a ponderação da proteção da privacidade apontados por Leonardo Greco¹¹⁷⁰ com base na jurisprudência constitucional alemã.

Segundo o autor, a teoria dos três graus de proteção da privacidade, estabelece a existência de um primeiro grau, relativo às relações do ser humano consigo mesmo, insuscetível de ponderação, sob pena de se violar sua dignidade (v.g., inviolabilidade de seu diário, direito ao conhecimento do próprio corpo, etc); um segundo grau, sujeito a ponderação, referente a relações e vínculos de identificação pessoal do titular do sigilo com outros membros da comunidade (v.g. sigilo das conversas telefônicas); e um terceiro grau, igualmente relativo à sua relação com outros entes sociais, mas que não lhe atribui identidade particular, razão pela qual o conteúdo objetivo da comunicação tende a prevalecer sobre o interesse pessoal.

Assim, considerando, quanto ao art. 207 do CPP, que a informação protegida pelo

¹¹⁶⁸ MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, p. 347-8.

¹¹⁶⁹ GRECO, Leonardo. **Intuições de processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2, p. 139.

¹¹⁷⁰ Ibid., p. 140-142.

sigilo buscada pelo acusado por meio de seu pleito probatório revela-se fora da simples relação do detentor originário do segredo consigo mesmo, uma vez que afeta diretamente interesse de terceiros (no caso o direito à liberdade do réu), inclui-se aquela no segundo grau de proteção da privacidade, admitindo-se sua ponderação, para que, excepcionalmente, se propicie a produção probatória defensiva com a oitiva do profissional.¹¹⁷¹

Evidente, então, que o sigilo previsto no referido dispositivo poderá ceder quando em choque com o direito à ampla defesa,¹¹⁷² consubstanciado na busca de provas em favor do acusado. Deve-se, portanto, determinar a produção da prova, ainda que eventualmente as pessoas ali elencadas, ou mesmo o detentor originário do segredo, sejam contrários ao testemunho.¹¹⁷³

Ressalte-se que até mesmo o sigilo jornalístico, ainda que expressamente previsto na Constituição Federal, não se revela como absoluto,¹¹⁷⁴ podendo ceder frente ao direito à prova defensiva. Isso porque, na ponderação dos interesses em jogo, a liberdade do acusado deve prevalecer frente à necessidade de se proteger a informação.¹¹⁷⁵

¹¹⁷¹ A análise da doutrina de Leonardo Greco acerca de hipótese de proibição probatória similar em Processo Civil demonstra que, mesmo que em um primeiro momento o sigilo possa aparentar natureza de primeiro grau de proteção à privacidade, quando não se tratar de informação de interesse exclusivo do titular do segredo, deverá ser tratado como de segundo grau, devendo “ceder em benefício de interesse individual ou coletivo particularmente relevante”. O exemplo trazido pelo autor é o do sigilo médico referente à epilepsia do paciente. Se necessário o depoimento do médico em determinada ação que versa sobre a possível cassação do direito de dirigir de seu paciente, a segurança do trânsito, bem como indiretamente a integridade física e o patrimônio de inúmeras pessoas, são suficientes para se relativizar o sigilo. O autor aponta que até mesmo a privacidade da análise do DNA, que se refere à identificação pessoal, quando necessário, em razão da possibilidade de demonstração de uma relação jurídica com outras pessoas da comunidade, poderá ser ponderada, com vistas a se obter prova de paternidade e até mesmo de autoria em crimes de elevada gravidade (GRECO, Leonardo. **Intituições de processo civil**, v. 1, p. 141, p. 151-2).

¹¹⁷² Como bem asseverado por Hungria, “não há falar-se no sigilo profissional como um dever absoluto. Todo dever tem a sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6, p. 253)

¹¹⁷³ Neste sentido, Cambi, ao analisar a questão sob o ponto de vista do sigilo médico, em exemplo acerca do prontuário médico, mas que se aplica *mutatis mutandis* ao presente caso, sustenta que: “quando o seu prontuário, inclusive a ficha clínica, for o único meio de provar a inocência do acusado, haveria uma limitação absoluta do direito à prova se não fosse permitida a sua juntada aos autos, sendo do próprio interesse do paciente a revelação do segredo” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 200).

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 203.

¹¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 130. Sobre a questão, não é raro se verificar, no Direito Comparado, restrições ao sigilo jornalístico. O *Codice di procedura penale* italiano, por exemplo, prevê, em seu art. 200, comma 3, o seguinte acerca do sigilo de fonte: “*se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l’identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni*”. Solução idêntica a esta, qual seja, de se privilegiar o direito à prova defensiva, em face do interesse de proteção do segredo, deve se chegar quando se questiona a possibilidade de se afastar eventuais sigilos estatais (v.g., informações confidenciais de posse de serviços de inteligência, segredos diplomáticos, militares etc.) albergados pelo art. 5º, inc. XXXIII da CRFB, eventualmente em choque com o direito à admissão da prova requerida pelo acusado. Novamente se aplicando o princípio da proporcionalidade, deve se concluir pela produção probatória (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 206). Essa é a razão pela qual, no sistema norte-americano, como visto na Seção III.6.3.4, sempre que não se obtiver alternativas para tentar se garantir, concomitantemente, o direito probatório do acusado e o interesse tutelado pelo privilégio,

Todavía, para se revelar legítimo o afastamento, em favor da acusado, de todas as hipóteses de sigilo aqui referidas, em razão da notória relevância dos interesses envolvidos, deve-se exigir, como verificado na experiência norte-americana, a inexistência de outras provas exculpatórias disponíveis para comprovar aquilo que se pretende, bem como se demonstrar a especial importância do testemunho para atestar a tese defensiva, restringindo-se, sempre, a publicidade dos atos na forma do art. 189, incisos I e III do CPC/15.¹¹⁷⁶

Saliente-se, ainda, que tampouco o fim epistemológico de garantir uma maior confiabilidade probatória – razão pela qual se exige a concordância expressa do profissional para a colheita do depoimento –, pode ser utilizado eventualmente como fundamento apto a se afastar o direito à prova do acusado nas hipóteses do art. 207 do CPP.

Como visto, mormente quando se está em jogo o direito de liberdade, que poderá evidentemente ser atingido quando se priva ao réu a possibilidade de comprovar sua inocência através de qualquer método de prova, revela-se vedado ao legislador, em abstrato, impossibilitar a produção probatória defensiva sob o fundamento de sua absoluta inconfiabilidade.¹¹⁷⁷ Isso pois se estaria atingindo, de forma desproporcional, o direito à produção probatória defensiva.¹¹⁷⁸

A prova da defesa, ainda que em tese inconfiável, deverá ser produzida, relegando-se ao magistrado, quando da fase da valoração, o estabelecimento da respectiva carga probatória,¹¹⁷⁹ uma vez que não se pode, de antemão, ter-se certeza suficiente de que eventual

Westen tem afirmado que o Estado deverá escolher entre manter a persecução penal, afastando-se o privilégio, ou garantir tal interesse, abandonando-se a acusação formal.

¹¹⁷⁶ Como bem asseverado por Barbosa Moreira, “não há pretender que a publicidade seja sempre, sob quaisquer circunstâncias, exigência absoluta de reta administração da justiça, e cumpre determinar, mediante cuidadosa valoração de interesses, em que medida vale a pena fazê-la prevalecer a despeito dos eventuais inconvenientes ou, vice-versa, impor-lhe restrições indispensáveis ao resguardo a outros bens jurídicos – não apenas a intimidade, mas também os bons costumes, a ordem, a segurança do Estado etc.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Processo civil e direito à preservação da intimidade”. In: _____. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 17).

¹¹⁷⁷ Relegando ao juiz, no caso concreto, a análise acerca da confiabilidade da prova, Walter sustenta que “*el legislador no puede excluir un medio de prueba dudoso [...] de antemano, si no quiere vulnerar el derecho a la prueba. Aquí entra en juego el principio de la libre apreciación. El derecho a la prueba exige que esos medios dudosos queden librados en el caso concreto al parecer del juez*” (WALTER, Gehard. **Libre apreciación de la prueba**. Tomás Banzhaf [Trad.]. Bogotá: Temis, 1985, p. 348).

¹¹⁷⁸ Em Processo Civil, Greco afirma que: “Num processo que respeita amplamente o direito de defender-se provando, o juiz tem o dever de acolher e considerar todas as provas relevantes dos fatos probandos, mesmo aquelas que a lei presume suspeitas, desde que justifique racionalmente os motivos que o levaram a distanciar-se da recomendação de lei” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 17).

¹¹⁷⁹ Por tal razão Comoglio afirma que “*non si può rinunciare a priori al contributo di conoscenza, che le parti e talune categorie di terzi, interessati all’esito della lite o legati alle parti da vincoli di parentela, possono offrire all’accertamento giudiziale di fatti controversi; [...] qualunque possa essere la natura (penale, familiare, affettiva, patrimoniale) dei rapporti intercorrenti fra il teste ed una delle parti, le possibili ragioni d’incapacità devono, al massimo, risolversi in motivi di inattendibilità della singola disposizione, valutabili a posteriori dal*

depoimento, em razão da dúvida inicial que sobre ele paira, terá uma capacidade probatória inferior àquele prestado pelas demais testemunhas.¹¹⁸⁰

Essa é a mesma razão pela qual igualmente não se mostra coerente opor a restrição do parágrafo único do art. 155 do CPP à produção probatória defensiva. O referido dispositivo estabelece que a comprovação acerca do estado das pessoas (v.g., menoridade, casamento etc.) deverá respeitar as restrições previstas na lei civil, o que, como já apontado, busca proteger a segurança jurídica, na medida em que prevê a necessidade de utilização de provas solenes para atestar determinadas relações jurídicas.

Sob o mesmo fundamento de que, em razão do necessário respeito à ampla defesa, a credibilidade da prova exculpatória deverá ser analisada apenas após a sua produção, a mencionada previsão legal deverá ser interpretada como mera hipótese de agravamento do ônus argumentativo judicial quando o magistrado considerar, como fundamento para afastar a hipótese acusatória, elementos probatórios defensivos produzidos por meios diversos daqueles exigidos pela lei civil (uma vez que tal prescrição visa apenas homogeneizar a apreciação judicial das questões de fato).¹¹⁸¹ Não se trata, portanto, de hipótese legítima de limitação da produção de prova pelo acusado, que poderá, assim, se utilizar de qualquer outro meio de prova (v.g., testemunho, vídeo etc.) para comprovar a sua tese.

Por fim, sustenta-se ainda, com o objetivo de maximizar o direito do acusado de se defender provando, que sequer a garantia à não autoincriminação da testemunha poderá ser oposta à produção probatória defensiva, isto é, nem mesmo o direito ao silêncio do cidadão poderá ser contraposto para retirar do efetivo acusado a possibilidade de comprovar sua inocência no processo através de todos os meios de prova disponíveis.¹¹⁸²

Assim, ainda que a testemunha requerida pelo acusado possa, em razão de suas declarações, autocomprometer-se, revela-se plausível e proporcional, mesmo assim, que se exija sua presença em juízo para que preste declarações que possam favorecer o réu, devendo ela responder a todos os questionamentos apresentados pela defesa.

Embora, evidentemente, verifique-se aqui um complexo confronto entre o direito ao

giudice nel prudente apprezzamento delle prove globalmente acquisite” (COMOGLIO, Luigi Paolo, “Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale”. **Rivista di diritto processuale**, p. 64-5).

¹¹⁸⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 155.

¹¹⁸¹ Acompanha-se o posicionamento de Leonardo Greco, já analisado na seção II.3.1.2

¹¹⁸² Além disso, como bem ressaltado por Imwinkelried e Garland: “*it is easy to conceive of fact situations in which it would be wrong-minded to treat the witness’s Fifth Amendment privilege as more important than the accused’s right*”. Citam os autores a possibilidade de o acusado estar sendo processado por homicídio enquanto a testemunha deseja se proteger de um crime cuja pena, caso condenada, seja apenas de multa (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence**: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence, p. 564).

silêncio (CRFB, art. 5º, inc. LXIII) titularizado por aquele que prestará depoimento, e o direito à ampla defesa (CRFB, art. 5º, inc. LV) daquele que está sendo processado, parece que a melhor solução, com vistas a se proteger ambos – embora, de certa forma, relativize-se o primeiro –, aponta para aquela adotada, no ordenamento jurídico norte-americano, por Akhil Reed Amar e Peter Westen, isto é, conceder-se imunidade parcial à testemunha.¹¹⁸³

Deverá ser realizado o depoimento, sempre que insubstituível para comprovar ponto fundamental da tese defensiva, decretando-se o sigilo dos autos através da aplicação subsidiária do art. 189, incisos I e III do CPC/15, ou mesmo analógica do art. 7º, inc. VIII da Lei n. 9.807/99,¹¹⁸⁴ e impedindo-se que as declarações autoincriminadoras da testemunha possam ser utilizadas em seu desfavor pela acusação para a instauração de futura investigação ou ação penal.

Dessa forma, o direito de obtenção de imunidade às testemunhas arroladas pelo acusado decorre diretamente do efetivo respeito ao direito à prova defensiva, como bem assentado pela Suprema Corte norte-americana em *Kastigar v. United States*.¹¹⁸⁵

Cabe ressaltar, por fim, que todas as restrições probatórias analisadas nesta seção, estabelecidas direta ou indiretamente com o fim de proteger a higidez do material probatório produzido em juízo, deverão ser respeitadas quando em confronto com eventual prova requerida pela acusação, uma vez que, além de não se verificar, com base na técnica da proporcionalidade, qualquer interesse confrontado que justificasse a relativização das referidas regras nesta hipótese, o alto *standard* probatório necessário para a condenação do acusado sempre exigirá uma credibilidade alta de toda e qualquer prova utilizada para sustentar a tese acusatória.

4.3 Uma reanálise dos limites sistêmicos sob o prisma do direito à prova defensiva

¹¹⁸³ Melhor analisado na Seção III.6.3.4.

¹¹⁸⁴ Dispositivo que autoriza a decretação de sigilo quando houver receio de que o depoimento possa causar graves danos ao declarante ou à sua família. Parece ser nesse sentido também o posicionamento de Leonardo Greco, no Processo Civil, ao afirmar que: “Se o depoente ou o informante não for parte, é preciso não esquecer que todo terceiro tem o dever de colaborar com a justiça no descobrimento da verdade (CPC, art. 339) e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se auto-incriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade. [...] Em qualquer caso, se o juiz não dispensar a informação ou o depoimento, mas reconhecer o seu direito a preservar a sua reserva, deverá impor ao processo o segredo de justiça” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 12).

¹¹⁸⁵ *Kastigar v. United States*, 406 US 441 (1972). Melhor analisado na Seção III.6.3.4.

Como visto na Seção II.3.1.3, nossa legislação prevê hipóteses de restrição ao direito à prova defensiva que não guardam relação com a relevância *lato sensu* do pleito probatório, nem tampouco com a “confiabilidade” do meio de prova, mas sim com eventuais conflitos de interesses endoprocessuais em que o legislador infraconstitucional optou, por bem, afastar o direito à prova das partes.

Encontram-se nessas hipóteses as “provas protelatórias”, cujo indeferimento é exigência do parágrafo 1º do art. 400 do CPP, as “provas superabundantes”, cujo exemplo de limitação legal se encontra nos números de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes nos diversos ritos procedimentais (v.g., CPP, arts. 401, 406, §§ 2º e 3º, 422, 532), bem como as “provas extemporâneas”, vinculadas aos prazos processuais previstos para requerimentos probatórios (v.g., CPP, arts. 396-A, 402) e ao fenômeno da preclusão.

Passa-se, então, a propor uma reinterpretação dos limites previstos em tais dispositivos com vistas a uma melhor readequação do equilíbrio entre os interesses neles tutelados e o direito fundamental à admissão da prova do acusado.

4.3.1 A compatibilização do conceito de prova protelatória com o legítimo exercício do direito à admissão da prova defensiva

A terceira hipótese prevista expressamente pelo parágrafo 1º do art. 400 do CPP para a inadmissão das provas requeridas pelas partes revela-se na verificação do nítido efeito protelatório do pleito probatório. Embora o referido dispositivo, ao menos em tese, aplique-se a ambas as partes, a verdade é que a praxe forense demonstra que tal hipótese de indeferimento probatório mostra-se extremamente mais comum em casos de requerimentos defensivos, uma vez que se tende a acreditar que a defesa do acusado terá sempre o interesse de procrastinar o trâmite processual em favor da configuração de uma possível prescrição. Esta é a razão pela qual a análise do referido limite probatório, sob o ponto de vista da restrição ao direito à admissão da prova defensiva, revela-se tão relevante.

E, como visto no Capítulo II, tal modalidade de inadmissão probatória não deverá guardar relação com um suposto interesse estatal na aceleração procedimental desarrazoada, até mesmo porque um processo justo, pautado pelo respeito à duração razoável do processo, e que apresenta a verdade como um de seus valores intrínsecos, exige que se respeite o interesse

probatório das partes, sendo certo que a instrução e a cognição processuais são instrumentos aversos à velocidade.¹¹⁸⁶

Não se revela legítimo que se admita, por exemplo, como fundamento para afastar a violação à duração razoável do processo, o suposto “excesso de trabalho” do Judiciário¹¹⁸⁷ – sendo que esta hipótese nem mesmo a doutrina do não-prazo tem aceitado¹¹⁸⁸ –, enquanto, por outro lado, o eventual alongamento do procedimento em razão da necessidade de produção probatória defensiva seja visto como atentador ao bom andamento processual.

Nesse sentido, parte da jurisprudência norte-americana vem admitindo que o direito ao *compulsory process*, previsto na Sexta Emenda da Constituição dos EUA – que, como visto no Capítulo III, corresponde ao direito à produção probatória defensiva naquele país –, por si só já englobaria o direito do acusado em ver aumentado o lapso procedimental sempre que necessário à produção de prova exculpatória.¹¹⁸⁹

Até mesmo porque, como bem afirma Alonso Gomes, a questão da duração do processo (curta ou dilatada) será sempre suportada exclusivamente pelo imputado, parte mais fraca da relação processual penal,¹¹⁹⁰ sendo somente este punido, ainda que absolvido, com as sanções psicológicas e sociais de ter sido processado, como já preconizado por Cernelutti em sua clássica obra *As misérias do Processo Penal*.¹¹⁹¹ Na linha do que sustenta Coutinho, o Processo Penal é um verdadeiro *labeling approach* antecipado.¹¹⁹²

Deve-se advertir, todavia, que não se pode configurar como fundamento válido para

¹¹⁸⁶ Não há dúvidas de que quanto mais expansiva for a interpretação das garantias constitucionais, maiores serão os encargos e as obrigações impostas sobre a administração da justiça criminal (*administrative burdens*), através, por exemplo, da necessidade de realização de novas audiências de produção probatória em um sistema já congestionado, ou até mesmo da criação de obstáculos e fases para o encerramento definitivo do procedimento criminal (v.g., prevendo-se instrumentos de impugnação das decisões judiciais). No sistema norte-americano, a Suprema Corte sempre se deparou com a possibilidade de se levar em consideração tais “custos práticos”. Em *Payton v. NY*, 445 US 573 (1980) já se decidiu, todavia, que quando o comando constitucional advindo da garantia for inequívoco, eventuais custos práticos são absolutamente irrelevantes. Isso porque o próprio comando constitucional já teria realizado o efetivo balanceamento entre os direitos do acusado e a necessidade social da efetividade do sistema penal (ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R. **Criminal Procedure: constitutional limitations in a nutshell**. St. Paul: West Academic Publishing, 2014, p. 27).

¹¹⁸⁷ Como bem ressaltado por Medina, em análise da jurisprudência da CIDH: “*The conduct of judicial authorities is a particular important factor: any delay must have a justification, and the excessive amount of work faced by the court cannot be one of them. This, I would reiterate, is because the responsibility for due process ‘within reasonable time’ fully belongs to the State, which has the obligation to organize a justice system that functions properly*” (MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**. Crucial Rights and Their Theory and Practice, p. 282).

¹¹⁸⁸ BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 188, nota 412.

¹¹⁸⁹ Conforme Seção III.6.3.2.

¹¹⁹⁰ GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**, p. 47.

¹¹⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**, 2013.

¹¹⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. “Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?”. **Revista de Estudos Criminais**, n. 11, Porto Alegre, p. 25, 2003.

indeferir o pedido à prova defensiva a ideia de que a demora procedimental causada pela nova prova a ser produzida acabaria por prejudicar o próprio réu (v.g., permanecendo preso preventivamente mais tempo do que o necessário). Tal argumentação, de cunho paternalista, não poderá prosperar, uma vez que o deferimento da prova dilatória a pedido da própria defesa afasta qualquer possibilidade de que esta venha a alegar a violação da requerida garantia, seja em razão da impossibilidade de se arguir nulidade a qual deu causa (CPP, art. 565), seja porque a própria necessidade probatória constitui a razoabilidade do elastecimento procedimental.

Inexistindo dúvidas, portanto, de que a “tensão entre celeridade e garantia [...] rompe do lado daquele que é mais débil”,¹¹⁹³ e que, por todo o exposto nos capítulos anteriores, deve-se garantir ao acusado o direito de se defender provando, não se pode utilizar, de forma desarrazoada, o princípio da duração razoável do processo para cancelar o indeferimento de prova relevante requerida pelo acusado.

Há de se conferir, então, à expressão “prova protelatória” um significado condizente com o devido respeito aos direitos do acusado e aos demais interesses protegidos pelo Processo Penal. O termo “protelatório” prescrito no parágrafo 1º do art. 400 do CPP, através de uma visão sistemática de nossa codificação, e consentânea com as garantias fundamentais do processo – principalmente a da ampla defesa –, deve adjetivar somente aquela prova, pretendida pela defesa, que não tem como fim a busca pela verdade, ou o acertamento dos fatos, mas sim, única e exclusivamente, o prolongamento do trâmite processual, o que, obviamente não se pode admitir.

Portanto, para que se legitime a inadmissão do pleito probatório defensivo sob o fundamento de se tratar de “prova manifestamente protelatória”, deve ficar clara a má-fé do acusado e o abuso do direito de provar, que restarão demonstrados através da absoluta desnecessidade da prova, uma vez que, em que pese sua relevância *lato sensu*, idêntico resultado probatório poderia ser obtido por outros meios mais céleres e menos onerosos.

Assim, por exemplo, caso a testemunha de defesa que se pretenda ouvir resida no exterior, mas esteja temporariamente no País, não há porque expedir carta rogatória para inquiri-la, devendo se determinar sua oitiva imediata pelo magistrado da causa. Da mesma forma, caso a defesa tenha acesso direto a determinado documento oficial, não há a necessidade de se requerer que o juízo expeça ofício a órgão público para obtê-lo, devendo a defesa proceder à sua pronta juntada.

¹¹⁹³ GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual**: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal, p. 47.

Nessas hipóteses, caso deferida a prova originalmente requerida, configurar-se-ia uma “demora indevida” no procedimento. O sistema norte-americano, de forma similar, prevê em sua codificação probatória federal a possibilidade de indeferimento de provas sempre que comprovado o *undue delay*, uma vez que, nessas hipóteses, estar-se-ia violando o direito ao *speedy trial* albergado na Sexta Emenda da Consituição Federal dos EUA.¹¹⁹⁴

Ressalte-se, por vezes, ainda, que a má-fé das partes se evidencia naquilo que no direito norte-americano se chama de *bulk discovery*, consubstanciada no ato de trazer ao processo milhares de documentos com o único fim de assoberbar o julgador quando do momento da decisão de mérito, gerando eventual confusão e protelação do procedimento através da demora para decidir.¹¹⁹⁵

Embora, em Processo Penal, a prática forense demonstre que muitas vezes tal atividade processual torpe seja realizada pela própria acusação (v.g., como verificado em imputações de crimes econômicos, em que são juntadas cópias completas de diversos procedimentos administrativos, os quais, em sua maioria, revelam-se absolutamente desnecessários para a demanda), caso tal conduta parta do acusado, não poderá este se escudar no princípio da ampla defesa, uma vez que o direito à prova defensiva não autoriza o vilipêndio da boa-fé processual.¹¹⁹⁶

A lei, então, ao vedar a prova protelatória, não buscou excluir da instrução processual o elemento de prova que, por sua própria natureza, demanda um tempo maior para sua produção ou obtenção.¹¹⁹⁷

Assim, a oitiva de uma testemunha arrolada pelo acusado situada em outra comarca, no exterior, ou mesmo a realização de uma perícia complexa por ele requerida, meios de

¹¹⁹⁴ Conforme Seção III.6.3.2.

¹¹⁹⁵ Tal exemplo, em Processo Civil, mas que se aplica analogicamente ao Processo Penal, foi bem lembrado por Borges Filho: “Se o direito não beneficia seu cliente, o melhor é encher o processo de folhas. Ele joga com o tempo de leitura e de contestação da parte contrária. Conta com o cansaço de um juiz assoberbado de trabalho que levará horas para digerir aquele emaranhado de postulações. E esse cansaço pode dar início aos célebres despachos procrastinatórios como ‘diga o autor’, ‘fale o réu sobre os documentos’, ‘diga o MP’ etc.” (BORGES FILHO, Adolfo. “A vaidade e as formas jurídicas. Limites éticos ao princípio da ampla defesa”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 13, p. 42-3, jan.-jul. 2001).

¹¹⁹⁶ Neste sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o indeferimento probatório “fundamentado na produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória para o julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providência coerente com o devido processo legal e com o princípio da razoável duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva” (STF – 6ª Turma, **RHC n. 42.890/MA**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 22/04/2015).

¹¹⁹⁷ Nesse sentido, em análise da decisão proferida pela CIDH, no caso *Genie Lacayo v. Nicarágua*, Medina afirma que: “*in principle, the use of all remedies that the law itself provides cannot by themselves cause a delay; on the contrary, it is the State’s responsibility to prevent the rules of procedure themselves from causing a delay*” (MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**. Crucial Rights and Their Theory and Practice, p. 282).

provas esses que notoriamente têm a aptidão de demorar meses a serem produzidos, não poderão ser inadmitidos somente em razão desta circunstância temporal, escudando-se o magistrado, de forma equivocada, em uma suposta violação da duração razoável do processo.

Até mesmo porque, admitir-se o indeferimento de prova requerida pela defesa somente pelo fato de gerar dilações processuais, ainda que devidas, acabaria por gerar um flagrante desequilíbrio em face da acusação, que dispôs de todo o tempo necessário, durante o trâmite pré-processual, para obter e produzir provas aptas a sustentar sua tese apresentada em juízo.

O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas inclusive já assentou, no caso *Larrañaga v. Philippines*,¹¹⁹⁸ que, em imputações graves, a recusa da Corte em ouvir determinadas testemunhas arroladas pela defesa, com base em fundamentos genéricos e não especificados, como questões relacionadas à dilação temporal, sem que o mesmo tratamento fosse dispensado à acusação, violaria o artigo 14(3)(e) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.¹¹⁹⁹

Talvez, uma proposta eficaz, de *lege ferenda*, seria estabelecer expressamente, através de novo dispositivo processual, a regra geral de que o requerimento de prova defensiva que demande mais de 90 (noventa) dias para ser produzida acarretará a suspensão do prazo prescricional,¹²⁰⁰ como já se prevê, de forma similar, especificamente quando necessária a expedição de carta rogatória para a citação do acusado (CPP, art. 368). Tal alteração de lei revelar-se-ia salutar, na medida em que, considerando as necessidades probatórias do caso concreto, e sopesando-se os interesses em jogo, privilegiaria-se a produção de prova pela

¹¹⁹⁸ *Larrañaga v. Philippines*, Comm. 1421/2005, UN Doc. A/61/40, v. 2, at 406 (2006).

¹¹⁹⁹ Nas palavras da Corte, o indeferimento de uma “*defence witnesses without any further justification other than that the evidence was ‘irrelevant and immaterial’ and the time constraints, while, at the same time, the number of witnesses for the prosecution was not similarly restricted*”, geraria uma violação ao artigo 14(3)(e) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Ibid., § 7.7). Em sentido similar, analisando possível violação do art. 6º(3)(d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a CEDH, no caso *Vidal v. Bélgica*, embora tenha assentado que, em regra, caberá à corte local determinar a necessidade da produção probatória, não sendo necessária a “*attendance and examination of every witness on the accused’s behalf*”, afirmou que o objetivo principal do referido dispositivo, contido na expressão “*nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*”, seria garantir uma perfeita “*equality of arms’ in the matter*” (CEDH. **Vidal v. Bélgica** (Appl. n. 12351/86), 22/04/1992, § 33). Essa é razão pela qual Tuinstra, em análise da jurisprudência de Tribunais Internacionais, afirma que “o objetivo dos Tribunais *ad hoc* de acelerar o procedimento não pode ser atingido através da imposição de limites ao número de testemunhas da defesa ou no tempo dispensado à defesa para apresentar seu caso se as mesmas limitações não forem impostas à acusação” (TUINSTRÁ, Jarinde P. W. Temminck. **Defence Counsel in International Criminal Law**, p. 175).

¹²⁰⁰ Exatamente por não se admitir interpretação *in malam partem* em Direito Penal, as hipóteses de suspensão do prazo prescricional são sempre taxativas, e devem estar expressamente previstas em lei. Em que pese o criticável posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento Recurso Extraordinário n. 966.177, em que o Plenário da Corte, por maioria, determinou a possibilidade de que, em paralelo à suspensão processual realizada com base no disposto no parágrafo 5º, do art. 1035 do Código de Processo Civil/2015, se estabeleça a suspensão do prazo prescricional, aplicando-se analogicamente, em prejuízo do acusado, o art. 166, inciso I do CP (STF – **Pleno, RE n. 966.177/RS**, Rel. Min. Luiz Fux).

defesa, mas sem descurar da possível ineficácia de um Processo Penal marcado pela insígnia da prescrição, admitindo-se um legítimo alargamento do prazo procedimental.

Mas ainda que se encontre pendente um melhor tratamento de lei a tal questão, a atual prescrição do parágrafo 1º do art. 400 do CPP deve ser interpretada da seguinte forma: havendo relevância *lato sensu* da prova defensiva, em respeito ao princípio da ampla defesa, ela apenas poderá ser considerada protelatória, e assim inadmitida na forma do referido dispositivo, quando aquele fato que se pretende provar puder ser igualmente atestado através de outro meio mais célere e menos oneroso, revelando-se nítida a má-fe do acusado.

Nesse diapasão, o requerimento de prova protelatória, exatamente porque claramente desnecessária, configura a chamada “assistência abusiva”¹²⁰¹ por parte da defesa, devendo ser rechaçada pelo magistrado, com base no mencionado dispositivo.

4.3.2 A compatibilização do conceito de provas superabundantes com o legítimo exercício do direito à admissão da prova defensiva

Em nossa codificação processual penal, a superabundância probatória como espécie de limitação ao exercício do direito à prova pode ser verificada, por exemplo, nas prescrições procedimentais referentes ao número de testemunhas que poderão ser requeridas pelas partes (v.g., CPP, arts. 401,¹²⁰² 406, §§ 2º e 3º, 422 e 532).

Trata-se, inclusive, de técnica legislativa comumente aceita pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, como analisado na Seção III.5.3.3, no sistema norte-americano, diversas jurisdições igualmente prevêm limitações quantitativas ao exercício do direito à prova ao restringir o número de testemunhas que poderão ser arroladas pelas partes, ressaltando-se, ainda, que, mesmo quando não se encontram tais restrições expressas em estatutos, caberá ao magistrado do caso estabelecer a limitação em concreto.

¹²⁰¹ Essa nomenclatura é de Maier, conforme se verifica no seguinte trecho: “*Pero, sin ingresar en la categoría de hechos punibles cometidos por el defensor en beneficio de su defendido, significa también un abuso toda obstaculización del procedimiento que persigue el único fin de demorarlo o obstruirlo, a pesar de hacer valer, aparentemente, facultades procesales, tales como las recusaciones sin fundamento, o la interposición de recursos manifiestamente improcedentes para agotar las etapas que conducen a la inadmisibilidad o los ofrecimientos de prueba que el defensor conoce inútil [...], a pesar de que no representa un hecho punible, ingresa también en esta categoría de asistencia abusiva*” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Parte general. Sujetos procesales, t. 2, p. 275).

¹²⁰² O referido dispositivo faz a ressalva, em seu parágrafo 1º, de que, no número de 8 (oito), “não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas”.

A justificativa para a restrição da chamada “prova superabundante”, também conhecida como “supérflua”, “excessiva”, ou “repetitiva”, reside no princípio da economia processual, uma vez que seria contraproducente, ao menos em tese, a realização de inúmeras diligências que visam comprovar uma única questão acerca do *thema probandum*. Sua análise, portanto, passaria por uma antecipação do futuro resultado das provas requeridas, partindo-se da premissa de que, caso elas realmente atinjam o fim almejado, revelariam-se excessivas.

Embora tal exercício de adivinhação possa se revelar de certa forma aleatório, e desprovido de qualquer critério racional que o embase, fato é que o estabelecimento de um número máximo, em abstrato, de testemunhos a serem produzidos em juízo, por ser técnica legislativa adotada em diversos países – normalmente sem a devida reflexão –, deverá aqui ser questionada em face da garantia fundamental à prova do acusado.

E a verdade é que se chegar a um número preciso acerca da quantidade máxima de prova oral que poderá ser admitida em favor do réu em Processo Penal revela-se uma tarefa inglória – senão inatingível –, já que a probabilidade real de indução de determinada hipótese defensiva apresentada sempre dependerá do suporte que lhe é dado por todas as provas já previamente produzidas nos autos.

Através da análise dos chamados “graus de confirmação” (aplicado por Cohen em sua teoria acerca da probabilidade lógica, baseada na técnica da “probabilidade indutiva”¹²⁰³ – em grande parte aceita na epistemologia judiciária),¹²⁰⁴ apenas poderá ser considerada verdadeira a tese apresentada pela parte quando confirmada pelos elementos probatórios juntados aos autos que com ela guardem nexos, revelando-se, assim, evidente que será o conjunto de tais elementos que comporão o suporte probatório de suas alegações.

Nesse sentido, como bem ressaltado por Haack, a confirmação das afirmações através

¹²⁰³ COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 58 e ss, p. 87 e ss. Em sentido similar, ver TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**, p. 203-4.

¹²⁰⁴ Dentre as mais relevantes teorias probabilísticas que visam estabelecer racionalidade no procedimento jurisdicional de valoração da prova, encontram-se: (i) a “probabilidade frequentista”, que, por ser quantitativa, envolve estatística e a aplicação do teorema de Bayes, e vem sendo criticada em Direito porque ignora o caso concreto, além de muitas vezes desprezar a prova produzida; (ii) a “evidentiary value model”, igualmente ligada à probabilidade quantitativa, que se difere da anterior porque se preocupa com os elementos de prova, uma vez que visa estabelecer o grau de probabilidade que estes confirmam as teses apresentadas; (iii) a “probabilidade subjetiva”, que também se apoia no teorema de Bayes, mas visa medir o grau de mudança de crença em determinada hipótese com base naquilo que se acreditava antes de conhecer os elementos de julgamento; e (iv) a citada “probabilidade lógica”. Sobre uma visão geral acerca delas, ver BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 63 e ss.

do conjunto de provas será sempre gradual,¹²⁰⁵ podendo apresentar um baixo grau de confirmação, quando a tese não encontra ressonância nas provas dos autos, ou graus médio e alto, hipóteses em que os elementos probatórios produzidos suportam, respectivamente, de forma parcial ou completa, as teses apresentadas.

Estabelecer-se, assim, em abstrato e de forma prévia, qual a quantidade de prova que seria apta para atingir o grau de confirmação necessário para que as teses defensivas se revelem aptas a afastar a pretensão acusatória sempre se revelará como um ato flagrantemente discricionário. Seria assim até mesmo em razão da constatação de que qualquer pesquisa – incluindo-se aí a judiciária – deverá ter como norte o conceito de *comprehensiveness*,¹²⁰⁶ uma vez que, quanto maior for o arcabouço probatório, maior tendência de corroboração das hipóteses apresentadas ele terá.¹²⁰⁷

E o problema do indeferimento da prova defensiva supostamente superabundante se revela ainda maior quando se verifica que não se pode atribuir “valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos”.¹²⁰⁸

Essa é a razão pela qual, no sistema norte-americano, em contraposição ao posicionamento das Cortes daquele país, Weissenberger e Duane afirmam que “prova relevante, que apresente substancial valor probatório não pode ser arbitrariamente limitada somente com o fim de acelerar o julgamento”.¹²⁰⁹

¹²⁰⁵ “*The different standards indicate that legal proof must be understood as coming in degrees, a matter of more and less [...]*” (HAACK, Susan. **Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 17).

¹²⁰⁶ Idem. **Evidence and Inquiry**. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology. New York: Prometheus Books, 2009, p. 132.

¹²⁰⁷ Como bem ressaltado por Gascón Abellán: “*el grado de confirmación de una hipótesis (o la solidez de la confirmación), aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); la solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas que la confirman (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por el resultado de una prueba de ADN o por un testimonio no demasiado sólido); el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de la hipótesis (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una prueba directa o por una prueba circunstancial); la cantidad de pruebas o confirmaciones (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y la variedad de pruebas o confirmaciones, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada sólo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas y pruebas indiciarias)*” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba”. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho**, Madrid, n. 28, p. 127-39, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

¹²⁰⁸ BADARÓ, Gustavo. “Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, p. 73-4.

¹²⁰⁹ Em análise do julgamento *US v, Schneider*, 594 F.3d 1219 (10th Cir. 2010), Weissenberger e Duane afirmaram que: “*relevant evidence with substantial probative value may not be arbitrarily limited solely for the*

Dessa forma, em complementação ao posicionamento dos mencionados autores, Peter Westen sustenta a necessidade de admissão de toda e qualquer prova requerida pela defesa sempre que, de forma razoável, se possa constatar que, em conjunto com as demais, contribuirá para corroborar a tese defensiva.¹²¹⁰

Talvez, novamente de *lege ferenda*, o ideal seria não se estabelecer um limite máximo e peremptório de testemunhas a serem ouvidas a pedido do acusado, mas sim um desestímulo processual para aquele que arrolasse mais de um determinado número para comprovar cada tese exculpatória apresentada, como fez, por exemplo, o legislador espanhol no art. 363 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*,¹²¹¹ ao estabelecer o ônus da parte do pagamento de custas para aquelas testemunhas arroladas acima do limite de 3 (três), devendo estas, todavia, serem devidas ao término do processo, e desde que comprovada a flagrante inutilidade dos depoimentos excedentes.¹²¹²

Entretanto, discorda-se daquilo previsto no mesmo ato normativo espanhol supramencionado, acerca da possibilidade de se permitir ao juiz, no curso da instrução, com base no argumento da volatibilidade de tal fase, indeferir testemunhas já admitidas, pela razão de que, diante das provas produzidas, ele já teria formado sua convicção. Tal procedimento não se coaduna com a melhor técnica forense, seja porque tal hipótese configura verdadeira antecipação do julgamento, seja porque não apenas o juiz, mas também as partes e o juízo revisor são destinatários da prova, devendo, portanto, sempre ser produzida a prova relevante e pertinente já previamente admitida.¹²¹³

Configura-se, portanto, limitação não razoável ao direito à prova defensiva o estabelecimento de um número máximo legal inflexível para a produção de prova testemunhal exculpatória,¹²¹⁴ uma vez que, havendo choque entre a ampla defesa de um lado, e a

purpose of shortening the trial" (WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger's Federal Evidence**, p. 136).

¹²¹⁰ WESTEN, Peter. "Compulsory Process II". **Michigan Law Review**, p. 225-6.

¹²¹¹ Art. 363. "*Limitación del número de testigos. Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado. Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado.*"

¹²¹² OLARRA, Guilherme Alonso. **Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Dykinson, 2000, p. 369.

¹²¹³ Eduardo Cambi, em sentido contrário ao ora defendido, sustenta essa possibilidade, estabelecendo como único requisito, "por questões de prudência", o fato de que "a limitação do número de testemunhas deve ocorrer após a oitiva de pelo menos duas testemunhas arroladas, desde que sejam em si e no conjunto probatório suficientes para a formação do convencimento dando sempre oportunidade para a outra parte exercer o seu direito à prova contrária" (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 144).

¹²¹⁴ No mesmo sentido, Pico y Junoy afirma que "resultaría difícil sostener la constitucionalidad de un precepto que inadmitirse la declaración de testigos debido a su excesivo número. Si el testimonio de tales testigos resulta pertinente para la resolución del litigio, no alcanzamos a encontrar el derecho fundamental o valor o bien

celeridade e a economia processual de outro, deverá prevalecer, ao menos em regra, a primeira.

O número legal relativo à prova oral que poderá ser inquirida em juízo, previsto, em abstrato, para cada procedimento, deverá ser interpretado então, com vistas a maximizar o exercício do direito à prova defensiva, não como uma quantidade máxima de testemunhas que poderão ser requeridas pelo acusado, mas sim, como o número mínimo de testemunhas que, uma vez arroladas pelo réu, e relacionadas ao *thema probandum*, serão obrigatoriamente ouvidas pelo magistrado na fase processual. Trata-se de uma garantia legal mínima do acusado, afastando-se qualquer discricionariedade por parte do julgador em não ouvi-las.

Essa é a razão pela qual merece críticas o método legislativo verificado no art. 81, parágrafo 1º da Lei n. 9.099/95, ao estabelecer que, nas hipóteses de infração penal de menor potencial ofensivo, que serão processadas mediante o procedimento comum sumaríssimo, poderá o juiz, sem qualquer referencial mínimo, excluir as provas que considerar excessivas. Não se deve deixar ao critério absolutamente discricionário do juízo de primeira instância, porque ausente qualquer parâmetro na Lei n. 9.099/95, o indeferimento da prova requerida pela defesa sob o fundamento de que se trataria de prova superabundante.¹²¹⁵

Por fim, cabe ressaltar que, mesmo quando houver um número mínimo de testemunhas previsto em lei, como já assentado por nossa doutrina¹²¹⁶ e jurisprudência,¹²¹⁷ este não será considerado de forma absoluta, ou seja, deverá ser conjugado com a quantidade de fatos criminosos imputados na denúncia. Tratando-se, por exemplo, de imputação do crime de roubo, em concurso com o delito de associação criminosa, pelo fato de o rito procedimental aplicável ser o ordinário, a defesa poderá arrolar até 8 (oito) testemunhas que contradigam a prática da primeira infração penal, somadas a mais outras 8 (oito), que afastem a narrativa do referido delito associativo.

constitucionalmente protegido que justifique la restricción del derecho a la prueba” (PICO Y JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**, p. 88).

¹²¹⁵ Citando, e criticando, a hipótese regrada pela Lei n. 9.099/95, que autoriza expressamente tal indeferimento pelo magistrado, Gomes Filho afirma categoricamente que “pode acontecer que um juiz entenda que as provas já são suficientes para o reconhecimento de algum fato e, diante do mesmo material, venha outro juiz, ou tribunal, considerá-las precárias, razão pela qual seu indeferimento pelo juiz, sem considerar que tal demanda poderá ser revista por outro órgão jurisdicional, geraria verdadeiro ‘cerceamento do direito à prova’” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, p. 133, nota 120). Sobre a questão, ver ainda GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminal**. Comentários à Lei n. 9.099, de 26/09/95. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

¹²¹⁶ Por todos, Pacelli afirma que: “É importante observar que o número de testemunhas diz respeito aos fatos imputados. Assim, se houver imputação da prática de mais de um crime, o número de testemunhas variará em relação à quantidade de delitos” (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, p. 427).

¹²¹⁷ Neste sentido, ver STJ – 5ª Turma, **RHC 76491/PE**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 05/04/2017; STJ – 5ª Turma, **RHC 46259/SP**, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 07/08/2015; STF – 2ª Turma, **Inq 4.022**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 22/09/2015.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que, demonstrada a relevância *lato sensu* dos testemunhos, não poderá o órgão julgador indeferir alguns deles por superabundância, se arrolados até o número mínimo legal, ainda que visem comprovar o mesmo fato imputado. Nada impede, todavia, que, verificando a complexidade do caso posto a julgamento, e a extrema necessidade de testemunhos adicionais, o magistrado autorize que se produza prova oral acima do número estabelecido em lei.

Assim, a admissão de critérios restritivos de produção probatória defensiva por superabundância apenas será legitimada quando, superado o limite legal previsto, além de significar um aumento irrisório na corroboração da tese apresentada pelo acusado em virtude da existência de um conjunto probatório vastíssimo a ser produzido,¹²¹⁸ for possível verificar que o requerimento de prova gerará um prejuízo desnecessário ao bom andamento processual.¹²¹⁹

4.3.3 A prova extemporânea e o direito a se defender provando: por uma readequação do fenômeno da preclusão probatória defensiva

Um dos maiores empecilhos encontrados na praxe forense para a produção de prova defensiva é a alegação de preclusão probatória. Não raras são as hipóteses em que o acusado requer a oitiva de determinada testemunha, a expedição de ofício a órgão público, ou mesmo a realização de perícia, durante o trâmite processual, e tais meios de prova são indeferidos liminarmente pelo magistrado sob o fundamento de sua extemporaneidade. Quando muito, em suposto ato de benevolência, o órgão julgador admite a sua produção como prova do juízo, o que altera de certa forma a natureza probatória, uma vez que passa a não ser mais oriunda do pleno exercício do direito de defesa, mas sim, de um ato largamente discricionário do

¹²¹⁸ Tratando acerca do indeferimento da prova no Processo Civil, mas que aqui se aplica *mutatis mutandis*, Ramos assevera que: “O indeferimento da prova testemunhal ou pericial [...] deverá ocorrer somente em casos de absoluta redundância; isto é, quando o conjunto probatório for excessivamente vasto e muitíssimo completo, com provas cabais dos fatos. Ainda assim, em geral, será preferível produzir as provas relevantes, que poderão inclusive servir para infirmar ou colocar em dúvida as provas já produzidas” (RAMOS, Vitor de Paula. “O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas”. In: **Direito probatório**, p. 133). Um exemplo de “conjunto probatório vastíssimo a ser produzido” seria o arrolamento de mais de uma dezena de testemunhas para comprovar uma única tese apontada pela defesa.

¹²¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, **La valoración racional de la prueba**, p. 76.

magistrado.¹²²⁰

Assim, revela-se crucial a análise do instituto da preclusão probatória sob o prisma do direito fundamental do acusado de se defender provando, tomando em conta que tal faculdade decorre do exercício constitucional da ampla defesa, da verdade como valor e garantia processual, bem como da visão de Processo Penal, aqui adotada, como instrumento importante de efetivação das garantias do acusado contra as arbitrariedades estatais.

Não se nega que, em regra, o momento de postulação de prova pelas partes ocorrerá na fase inicial do processo. É isso que se verifica em nossos dispositivos processuais penais. No que tange ao requerimento defensivo, as normas dos arts. 396 e 396-A do CPP¹²²¹ determinam que será no momento da apresentação da peça de resposta que o acusado deverá arrolar as testemunhas que pretende que sejam ouvidas na fase instrutória, bem como requerer outros meios probatórios que entenda cabível, e que dependam de determinação judicial.

O prazo determinado para a prática de tal ato processual pela defesa, embora seja de 10 (dez) dias contados a partir da citação do acusado, revela-se impróprio, uma vez que a própria lei, em seu art. 396-A, § 2º, do CPP, evitando desnaturar-se o respeito à defesa efetiva, – e aqui vê-se uma nítida diferença entre o desenrolar do procedimento civil e do procedimento penal – impede que seja dado prosseguimento ao processo sem a juntada aos autos da resposta do acusado.

Tal previsão legal, como visto no Capítulo II, faz com que a espécie de preclusão que supostamente impeça o requerimento posterior de prova defensiva seja a consumativa, e não a temporal, uma vez que, ainda que se tenha esgotado o prazo supramencionado, será a efetiva apresentação da resposta à acusação, que, ao menos em tese, impedirá a realização de pleito probatório nela não constante, em virtude da efetiva consumação do ato processual.

É verdade que se pode encontrar, em nossa jurisprudência, certa condescendência em permitir eventuais substituições de testemunhas anteriormente arroladas por outras apenas requeridas em momento processual posterior. Embora, atualmente, não haja mais expressa previsão legal nesse sentido¹²²² no que tange aos procedimentos comuns,¹²²³ tem-se admitido

¹²²⁰ Não se ignora que, com relação ao tema, parte doutrina já tenha apontado que, nestes casos, o Juízo poderia determinar a produção de prova, com fulcro nos arts. 156, inciso II, e 209, “caput”, CPP, como fruto do poder jurisdicional. Neste sentido, ver LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 679. Ainda que se sustente a compatibilidade entre a produção de prova subsidiária pelo juiz e o nosso sistema processual (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 70), não parece ser a solução ideal, nestes casos, deixar a defesa submetida à discricionariedade do juízo.

¹²²¹ Que, por força do art. 394, §§ 4 e 5 do CPP, aplicam-se subsidiariamente a todos os procedimentos penais de primeiro grau.

¹²²² Antes da redação dada pela Lei n. 11.719/08, o art. 397 do CPP dispunha o seguinte: “Se não for encontrada qualquer das testemunhas, o juiz poderá deferir o pedido de substituição, se esse pedido não tiver por fim frustrar

a substituição da testemunha originalmente arrolada pela defesa sempre que esta não for encontrada, esteja impossibilitada de comparecer em juízo em razão de doença, ou venha a falecer.¹²²⁴ Tal postura encontra, inclusive, respaldo em uma aplicação subsidiária do art. 451 do CPC/15,¹²²⁵ na forma do art. 3º da codificação processual penal.¹²²⁶

Além disso, quando se trata de réu assistido pela defensoria pública – situação que realmente exige maiores cuidados processuais, com vistas a não aprofundar ainda mais o desequilíbrio entre acusador e acusado –, em razão de, corriqueiramente, tal órgão elaborar a peça de resposta sem ao menos ter tido contato prévio com seu assistido, tem-se autorizado que sejam arroladas, nesse primeiro momento, testemunhas genéricas, que posteriormente serão substituídas por aquelas indicadas pelo imputado.¹²²⁷

Tais posturas jurisprudenciais, por si só, já demonstram como a importância da produção de prova exculpatória justifica uma maior relativização do fenômeno da preclusão.¹²²⁸

Todavia, para além de um mero beneplácito dos órgãos judiciais, sustenta-se aqui que a flexibilização do referido instituto se revela como verdadeira exigência de respeito às

o disposto nos arts. 41, *in fine*, e 395”. Ademais, a antiga redação do art. 405 do CPP, previa que: “Se as testemunhas de defesa não forem encontradas e o acusado, dentro em três dias, não indicar outras em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo”.

¹²²³ Subsiste ainda, no art. 543, inciso I do CPP, previsão excepcional acerca do procedimento de restauração de autos extraviados ou destruídos, que determina que, nestas hipóteses, quando houver necessidade de reinquirição de testemunhas, poderá se substituir aquelas que tiverem falecido ou que se encontrarem em lugar não sabido.

¹²²⁴ Neste sentido, ver STJ – 5ª Turma, **HC n. 112.860/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 02/04/2012; STJ – 6ª Turma, **HC n. 166.769/SE**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15/08/2013; STJ – 5ª Turma, **HC n. 232.061/PR**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/03/2017.

¹²²⁵ “Art. 451. Depois de apresentado o rol de que tratam os §§ 4 e 5 do art. 357, a parte só pode substituir a testemunha: I) que falecer; II) que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; ou III) que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada”.

¹²²⁶ Neste sentido, ver STJ – 5ª Turma, **RHC n. 67.589/PA**, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 22/08/2016.

¹²²⁷ Todavia, já tem se encontrado posicionamentos também contrários à hipótese de tal relativização. Em julgamento de Agravo Regimental em Recurso de Habeas Corpus, a Sexta Turma do STJ, em análise de hipótese em que a Defensoria Pública havia arrolado as mesmas testemunhas da acusação, por impossibilidade de acesso prévio ao acusado, e que objetivava sua substituição, manifestou-se pelo improvimento do recurso, utilizando como um dos fundamentos o fato de que “a alegação de falta de condições materiais da Defensoria Pública para realizar entrevista com réu preso não é idônea para subverter a marcha processual” (STJ – 6ª Turma, **AgRg no RHC n. 51.642/CE**, Rel. Min. Rogério Schetti Cruz, DJe 02/02/2017).

¹²²⁸ Em sentido similar, a CIDH, embora inconsistente com a aplicação dos critérios de admissibilidade probatória normalmente aplicados pela corte, uma vez que, em regra, apenas autoriza a juntada de prova extemporânea em casos de força maior, sério impedimento, ou em razão da existência de eventos supervenientes (cf. **Miguel Castro-Castro Prison v. Peru**, Merits, Reparations and Costs, Judgment, [ser. C] n. 160, 25/11/2006; **Suárez-Rosero v. Ecuador**, Merits, Judgment, [ser. C] n. 35, 12/11/1997; **Paniagua-Morales et al. v. Guatemala** [White Van], Merits, Judgment, [ser. C] n. 37, 08/03/1998; **Bueno-Alves v. Argentina**, Merits, Reparations and Costs, Judgment, [ser. C] n. 164, 11/05/2007), em **Acevedo-Buendía et al. v. Peru**, acabou aceitando a prova extemporânea porque seria “relevante e necessária para acertar os fatos do caso”. Revelou-se, assim, a possibilidade de se relativizar o momento processual em que a prova deve ser juntada (**Acevedo-Buendía et al. v. Peru** [Discharged and Retired Employees of the Office of the 41 Controller], Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, [ser. C] n. 198, 01/07/2009). Tal exemplo foi seguido no caso **Vélez-Lloor v. Panama**, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, [ser. C] n. 218, 23/11/2010.

garantias do acusado, que devem ser asseguradas não apenas às supramencionadas hipóteses já verificadas na praxe forense.

Como bem ressaltado por Heitor Sica, “se os sujeitos ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, os fenômenos que os impede de exercitar seus poderes dentro da relação jurídica se dá de forma diversa, informado por princípios próprios”,¹²²⁹ devendo, assim, os rígidos limites preclusivos serem aplicados de forma diversa quanto à defesa e à acusação.

Principalmente em se tratando de ações penais públicas, em que o órgão responsável pela persecução penal é estatal, não se pode admitir que este, nas suas atividades profissionais, atue com desídia, simplesmente deixando de arrolar a prova necessária para comprovar sua tese no momento legal cabível. Há de se exigir mais dos entes públicos do que do privado.

Mas não é só. Ainda que se pense nas ações penais privadas, certo é que, novamente se referindo à ideia de que o acusado, em Processo Penal, é o único sujeito processual cujo bem próprio mais importante (liberdade) pode vir a ser atingido com a sentença de mérito,¹²³⁰ não se pode admitir que todas as teses defensivas, construídas e apresentadas no momento inicial da resposta à acusação, possam se ver erodidas em razão de um surpreendente requerimento de prova nova acusatória no curso do processo. Tal postura violaria a dialeticidade do processo penal, atingindo, assim, evidentemente, as garantias da ampla defesa e do próprio contraditório.

E a ilegitimidade de se admitir a produção de prova nova pela acusação se revela ainda mais evidente quando se considera que o acusador dispôs de todo o tempo necessário para buscar fontes de prova na fase pré-processual,¹²³¹ não sendo razoável que tal possibilidade se estenda durante todo o trâmite processual.¹²³²

As normas relativas à preclusão objetivam satisfazer interesses públicos, dentre os

¹²²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**, p. 108. Embora tenha o autor se referido à necessidade de diferença de tratamento entre a preclusão para o juiz e aquela que se verifica para as partes.

¹²³⁰ O que faz com que, sobre ele, incidam todas as angústias do processo, como visto no Capítulo II.

¹²³¹ Ainda mais após a revogação do antigo parágrafo 2 do art. 110 do CP, que autorizava que, para a declaração da prescrição pela pena em concreto, fosse considerada data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa.

¹²³² Greco, acerca da possibilidade de relativização dos prazos processuais, afirma que: “o prazo tem de ser útil à prática do ato, sob pena de inconstitucionalidade, por violação das garantias constitucionais acima referidas [ampla defesa e devido processo legal]. As Cortes constitucionais europeias têm sistematicamente declarado a inconstitucionalidade de prazos não razoáveis, exageradamente curtos”. Assim, ao se manifestar acerca do prazo para contestação, no Processo Civil, afirma ser este extremamente exíguo, uma vez que “o autor teve meses ou até anos para escolher o melhor momento e se preparar para tudo”, não sendo justo que o réu tenha que preparar sua defesa e sair “à cata de provas” em prazo tão exíguo. Verifica-se exatamente o mesmo problema no Processo Penal, sendo que, neste, o prazo para resposta à acusação é ainda menor, qual seja, de 10 (dez) dias, justificando-se, assim, em favor do acusado, uma maior relativização dos prazos para requerimento probatório (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, v. 1, p. 366-7).

quais também se encontra o de garantir a isonomia das partes,¹²³³ fim este que definitivamente não seria atingido ao se tratar de forma igual as partes já naturalmente desequilibradas em Processo Penal – principalmente no plano probatório, em que o Estado, através do Ministério Público e da autoridade policial, dispõe de um gigantesco aparato investigativo.¹²³⁴

Assim, enquanto, de um lado, não se deve admitir a relativização da preclusão probatória em favor da acusação, de outro, a obediência cega às modalidades preclusivas no que tange à prova defensiva, com vistas a garantir o desenrolar ordenado do processo em nome de uma ilegítima aceleração, acaba por multiplicar “riscos diante da falta de reflexão que gera”,¹²³⁵ violando-se a garantia fundamental da ampla defesa.

Ainda que decorrente de possível desídia por parte do acusado, ou de seu defensor técnico, parece que a autorização da produção de novas provas a favor da defesa, no curso processo, além de não atingir de forma significativa o tempo processual a ponto de se sacrificar a eficiência do processo, contribui até mesmo para uma eventual economia processual, na medida em que evita a prolação de sentença condenatória fadada a ser potencialmente revista em sede de ação de revisão criminal, na forma do art. 621, inciso III do CPP.¹²³⁶

Embora se concorde com Cândido R. Dinamarco quando este afirma que “toda preclusão é ligada à ideia de obter um processo célere”,¹²³⁷ parece que daí inferir que toda a hipótese de sua incidência traduziria “uma opção do legislador pelo risco calculadamente assumido”,¹²³⁸ como se a ponderação entre os eventuais interesses colidentes já houvesse sido efetuada em abstrato, configura verdadeiro exagero, na medida em que não se pode presumir que sempre que a lei estabelece prazos para práticas de atos, mormente quando probatórios em favor da defesa, realmente tenham sido calculados de “maneira consciente e

¹²³³ BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**, p. 97.

¹²³⁴ Concorda-se com Suannes, quando o autor afirma que “a preclusão somente pode ser invocada em benefício do acusado”, porque “enquanto no processo civil a previsão legal das preclusões impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal isso não se justifica, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses tipos de processo” (SUANNES, Adauto. “Provas eticamente inadmissíveis no processo penal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 8, n. 31, jul.-set. 2000, p. 85).

¹²³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivum, 2015, p. 141-2.

¹²³⁶ Uma vez que não há a necessidade de que a prova nova exigida para a admissão da ação de revisão criminal tenha sido descoberta após a prolação da sentença. Neste sentido, Lima afirma que: “A expressão quando a após a sentença se descobrirem novas provas refere-se a elementos de prova que não foram objeto de apreciação pelo julgador, pouco importando se já existiam mesmo antes da sentença ou se se tornaram conhecidos apenas após a condenação do acusado” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 1842).

¹²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. p. 290, nota n. 77.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 290, nota 77.

premeditada”,¹²³⁹ todos os eventuais riscos para a justiça da decisão final.¹²⁴⁰

Isso porque, como bem ressaltado por Caetano Dias, o instituto da preclusão visa estabelecer pesos entre o melhor acerto fático possível e a maior rapidez atingível,¹²⁴¹ sendo certo que, estando em xeque o direito de liberdade do réu, deve-se dar maior peso ao primeiro, privilegiando-se o direito do acusado de se defender provando.¹²⁴²

Dessa forma, concorda-se com o mencionado autor quando este afirma que a ampla defesa possibilita, como regra, o afastamento da preclusão em favor da atividade probatória do acusado.¹²⁴³ Há um notório (e prevalente) interesse público, positivado na Constituição Federal através do referido princípio, no melhor acerto fático possível à defesa, como fim de tutela da liberdade individual.¹²⁴⁴

Não se nega aqui a devida importância da celeridade do trâmite procedimental no Processo Penal, seja porque o distanciamento exagerado entre o momento da prática do crime e a aplicação de uma eventual sanção pode fazer desaparecerem as principais funções da norma penal (como a dissuasão social), seja porque o menor lapso temporal do processo faz

¹²³⁹ CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 153.

¹²⁴⁰ Embora fosse sem dúvida o ideal, não parece, como afirmado por Caetano Dias, que o cálculo do risco seria “reflexo da ponderação de tais exigências [melhor conhecimento possível e celeridade processual] feita deliberadamente pelo legislador na lei processual” (Ibid., p. 151).

¹²⁴¹ Ibid., p. 143. Inclusive, segundo o autor, o que diferenciaria a aplicação do instituto da preclusão no Processo Penal, em contraposição ao Processo Civil, “[...] será a medida de sua incidência e, principalmente, a possibilidade de seu afastamento, em razão de princípios constitucionais. Assim, [...] no processo penal a medida da incidência da preclusão é menos acentuada (se comparada com o processo civil), em razão do mais elevado standard probatório para eventual condenação (o que se reflete no risco da preclusão no melhor acerto fático possível); e, em razão do princípio constitucional da ampla defesa (CRFB, art. 5º, inc. LV), é possível, excepcionalmente, o afastamento da preclusão para a atividade probatória da defesa, à luz do critério risco e tempo” (Ibid., p. 129).

¹²⁴² Até mesmo em Processo Civil, Greco sustenta que “os prazos e preclusões não podem impossibilitar novas iniciativas probatórias após os momentos legalmente previstos em cada procedimento, sob pena de violação da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inc. XXXV)” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 13). O autor, todavia, salienta que existiram razões específicas para a admissão de produção probatória depois dos momentos estabelecidos em lei, como, por exemplo, “a dificuldade do autor de do réu de proporem justificadamente as provas na inicial e na contestação, por não conhecerem ainda os contra-argumentos do adversário a respeito das suas próprias alegações” (Ibid., p. 14).

¹²⁴³ CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 144. O autor admite apenas o afastamento do rigor da preclusão nos atos processuais ligados à prova, uma vez que guardariam “relação direta com o risco da preclusão” (Ibid., p. 170-1). Discorda-se, todavia, de Caetano Dias, pelas razões já expostas anteriormente nesta Seção, quando este, com base na ideia de que a instrução processual teria natureza dinâmico, sustenta que, até mesmo para a acusação, em regra, não haveria “nenhum impedimento legal para que um pedido de produção de determinado meio de prova seja feito em um momento processual ou em outro (desde que, repita-se, dentro da fase de instrução)”. O autor, que sustenta, para as provas, a possibilidade de preclusão temporal por fase, e não por prazo, chega a afirmar que “o Ministério Público pode requerer a produção de um exame pericial de DNA tanto no momento do oferecimento da denúncia, como por petição simples depois do recebimento da denúncia (e antes da audiência de instrução, debates e julgamento), ou mesmo no último momento da fase instrutória (CPP, art. 402)” (Ibid., p. 191).

¹²⁴⁴ Ibid., p. 144. Embora o autor trate tal questão sob o viés de cálculo de risco, parece que nada mais é do que a aplicação da teoria da ponderação de interesses ora sustentada.

diminuir o sofrimento do réu inocente.¹²⁴⁵

Todavia, entende-se que o devido respeito à duração razoável do processo se obterá exatamente com o balanceamento ideal entre a celeridade e as demais garantias processuais, não se podendo admitir que a necessidade de se julgar rapidamente o acusado se torne mais relevante que o legítimo fim do correto acerto da prática do crime.

Autorizar a prova defensiva, ainda que a destempo, em situações em que não se verifique má-fé por parte do acusado, é respeitar a duração razoável do processo,¹²⁴⁶ uma vez que, como bem ressaltado por Gloeckner, reduzir ou maximizar o tempo “comprometendo a arquitetura minimizadora do poder penal (instrumentalidade garantista do processo penal) implica em aniquilar sua estrutura enquanto imunizadora contra a arbitrariedade”.¹²⁴⁷

Essa é a razão pela qual, no mesmo sentido, Khaled Jr. afirma, de forma correta, que:

[...] não é por acaso que o processo não deve ser guiado por ilegítimas expectativas de rápida solução, uma vez que é necessária a devida maturação para que a convicção guarde o mínimo possível de crença, eis que – corrigida – pelo menos parcialmente – por mecanismos de constrangimento probatório da evidência.¹²⁴⁸

Não se pode, assim, admitir que, em nome de um desenfreado desenrolar do processo, atinja-se a garantia fundamental da ampla defesa, consubstanciada aqui no direito à produção

¹²⁴⁵ Neste sentido, Furgiele afirma que: “*Anche la speditezza e la concentrazione del processo risultano in sintonia con gli altri principi tipici del modello, perché esse sono necessarie in primo luogo per consentire un’efficace funzione di prevenzione generale e speciale connessa all’eventuale sentenza di condanna; una condanna che intervenga a distanza di molto tempo dalla commissione di un fatto illecito non è idonea a svolgere, nei confronti della collettività, una funzione dissuasiva rispetto a scelte delinquenti e non viene percepita, dal reo, come una pronta risposta istituzionale all’illecito da lui commesso. Inoltre, speditezza e concentrazione, da un lato consentono di ridurre al minimo le conseguenze dannose per l’imputato, soprattutto se innocente, inevitabilmente dipendente dalla pendenza giudiziaria*” (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 6).

¹²⁴⁶ Concorde-se com Caetano Dias quando este afirma que: “a exigência de celeridade processual, que representaria um extremo do risco da preclusão, deve ser ponderada, de modo a se chegar na exigência de duração razoável do processo. Por esse princípio constitucional (CRFB, art. 5º, inc. LXXVIII), também positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.5, específica para o processo penal; e art. 8.1, aplicável a qualquer tipo de processo), atende-se a uma exigência relativizada de celeridade processual, porquanto conjugada com a observância de garantias constitucionais do processo (como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório)” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 165).

¹²⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**, p. 294. Como bem ressaltado por Greco, “a demora da prestação jurisdicional que pode ser considerada razoável é aquela que é imposta pela necessidade de se assegurar às partes a mais ampla possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas e de facultar ao juiz uma cognição adequada”. Assim, ainda segundo esse autor “resolver um processo em tempo razoável não significa simplesmente decidi-lo com a observância de procedimento, dos prazos e das preclusões estabelecidas em lei, mas considerar como legítimas e, portanto, razoáveis, ou não, eventuais dilatações, assim como considerar legítimas, ou não, determinadas proibições a essas dilatações” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 13).

¹²⁴⁸ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2016, p. 401.

de prova exculpatória.¹²⁴⁹

Em Processo Penal, portanto, o melhor acerto do fato, como direito do acusado, até em razão da adoção aqui dos postulados garantísticos de Ferrajoli para a construção de um modelo processual penal ideal, revela-se, ao menos em abstrato, como mais importante do que o princípio da celeridade processual.¹²⁵⁰

Note-se que tampouco a eventual proximidade do encerramento do prazo prescricional pode ser considerada como fundamento válido para se inadmitir a flexibilização da preclusão probatória em favor da defesa. O lapso prescricional não deve ser um dos fatores a se considerar, não apenas porque a declaração de tal causa extintiva da punibilidade configura somente um natural efeito do lapso de tempo processual transcorrido,¹²⁵¹ mas também porque a demora desproporcional do processo que acaba por gerar a proximidade da prescrição não foi causada pela extemporaneidade da prova ainda a ser produzida, mas sim por outras causas, como provavelmente os chamados “tempos mortos do processo”.¹²⁵²

E nem se diga também que se tornaria desnecessário relativizar o fenômeno da preclusão probatória em favor da defesa, uma vez que eventual produção de prova defensiva poderia, em qualquer hipótese, ser realizada posteriormente, seja quando do encerramento da colheita da prova oral, na fase das diligências do art. 402 do CPP, seja até mesmo após o trânsito em julgado, em uma futura ação de revisão criminal.

Quanto à primeira hipótese, além de a fase do art. 402 do CPP não estar prevista para todo e qualquer procedimento criminal, ela apenas autorizaria novo requerimento probatório quando sua “necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Trata-se daquilo que os operadores do direito norte-americano costumam chamar de

¹²⁴⁹ Nesse sentido, Lopes Jr. e Badaró assentam que “a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu” (LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**, p. 16).

¹²⁵⁰ Neste mesmo sentido, ver CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 154. Sobre a questão, mas referindo-se ao princípio da duração razoável do processo, Ferrua afirma que: “*Naturalmente non tutti i principi stanno sullo stesso piano. Funzione cognitiva del processo, imparzialità del giudice, diritto di difesa, sono primari valori di giustizia. La ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, come condizione di efficienza, qualità avverbale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva*” (FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 113-4).

¹²⁵¹ CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 175.

¹²⁵² Como bem ressaltado por Tarzia, em exame a alguns dos projetos de reforma do processo civil italiano anterior à reforma de 1990, mas que aqui se aplica como uma luva: “a ideia de um processo superconcentrado, que comprimisse os direitos de defesa das partes, teria sido uma resposta errada à duração intolerável do processo civil: uma duração que tem outras causas e sobre as quais influem, pelo menos da Itália, os longos tempos de espera, os tempos mortos do processo, devido à sobrecarga dos juízes” (TARZIA, Giuseppe. “A audiência preliminar no processo civil”. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, v. 3, set.-dez. 1996, p. 727).

opening the door,¹²⁵³ uma vez que possibilita que novas provas sejam requeridas pelas partes apenas porque estas se tornaram relevantes frente a novas dúvidas surgidas no curso do procedimento, muitas vezes, por ato imputável até mesmo à parte contrária.¹²⁵⁴ É a constatação de que, ao longo do trâmite processual, poderá haver uma “mutável exigência demonstrativa do *thema probandum*”,¹²⁵⁵ autorizando-se, desta forma, que as dúvidas surgidas possam ser sanadas através de novo requerimento probatório.¹²⁵⁶

Assim, a limitação imposta pelo referido dispositivo legal, consubstanciada na exigência de relação direta entre a prova nova e eventual circunstância surgida durante a instrução processual, faz com que o art. 402 do CPP, já positivado, não se apresente como solução definitiva para a necessidade de relativização da preclusão probatória em favor do acusado, mormente na hipótese em que a prova visa comprovar questões acerca do *thema probandum* já desveladas antes mesmo do iniciar do processo.

Já sobre o segundo fundamento, qual seja, o de que a nova prova poderia ser objeto de análise em um posterior oferecimento de ação de revisão criminal, cabe ressaltar que, exigir-se o trânsito em julgado de sentença condenatória, e o conseqüente início da aplicação

¹²⁵³ Em análise de diversos julgados acerca da possibilidade de reabertura da fase probatória, Imwinkelried e Garland afirmam que desde os julgamentos **Commonwealth v. Beck**, 522 Pa. 194 (1989), e **United States v. Walker**, 772 F.2d 1172 (1985), “*several courts granted the defense similiar relief on procedural grounds*”. Apontam ainda decisão recente no mesmo sentido: **United States v. Murray**, 736 F.3d 652 (2nd Cir. 2013). Os autores sustentam, todavia, que, em regra, para ser autorizada a produção de prova nova deve se aplicar um *balance test* que considera: (i) o momento do pedido de reabertura de prova; (ii) as características da prova testemunhal requerida; (iii) o efeito processual que gerará seu deferimento; e (iv) a razoabilidade do pedido (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 138-40).

¹²⁵⁴ Um exemplo clássico no sistema norte-americano, em que foi autorizada a produção de prova nova, é o caso *Fitzgerald v. Expressway Sewerage Construction Inc.*, 177 F.3d 71 (1st Cir. 1999). Em análise ao referido julgamento, Merritt e Simmons afirmam, acerca da questão nova que justificou a reabertura da produção probatória, que: “*In terminology of evidence, the plaintiff created a new ‘fact of consequence’ by testifying that she suffered emotional harm from the high medical bills. Before she testified to this fact, the question of who paid the medical bills was irrelevant to the issue of damages. But by claiming that the family suffered emotional strain due to the medical expenses, Sean’s mother created a new fact of consequence: how much did the family suffer due to strain of paying high medical bills? The presence or absence of insurance was relevant to that issue*” (MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**, p. 67).

¹²⁵⁵ Expressão original de Bassi, quando se refere à “*mutevoli esigenze dimostrative del thema probandum*” (BASSI, Alessandra. “Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 1376, 1993).

¹²⁵⁶ Interessante, todavia, que a lei, ao estabelecer a possibilidade de reabertura da fase probatória após a colheita de toda a prova oral, parece abrir espaço para que eventuais requerimentos iniciais que aparentavam, à época, travestir-se do manto da irrelevância possam ser novamente revistos pelo Juízo e admitidos para complementar a carência da instrução probatória. Bianchi, acerca da possibilidade de revisão da relevância do pleito probatório da parte em razão do desenvolvimento da instrução, no sistema italiano, afirma que: “*Lo sviluppo del contraddittorio dibattimentale può, infatti, rendere che le scelte probatorie, cristallizzate nell’ordinanza ex art. 495, non più aderenti alla mutata realtà processuale. Si pensi, per fare solo un esempio, all’ipotesi in cui da dinamica ‘di esplicazione del diritto alla prova’ abbia portato all’attenzione dei soggetti del processo una questione della quale non si era colta l’importanza all’inizio del dibattimento oppure rispetto alla quale si erano prospettati mezzi di prova diversi*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti**, p. 159).

da pena, já ciente da existência de prova que possivelmente afastará a constatação de prática de crime pelo acusado, além de se revelar um verdadeiro desprezo ao direito de liberdade do cidadão, gera um evidente desperdício de tempo e recursos do Poder Judiciário. Urge-se, portanto, se relativizar o instituto da preclusão de prova exculpatória não apenas sob o prisma do exercício do direito fundamental à produção probatória, mas também do necessário respeito ao *status libertatis* do acusado.

Quanto ao ponto, embora no sistema da *common law* a preclusão seja comumente ligada ao instituto da *res judicata*,^{1257,1258} fato é que as regras advindas da possibilidade de elastecimento procedimental em favor do exercício do direito à prova defensiva, expostas no Capítulo III deste trabalho, aplicam-se perfeitamente quando da análise da aceitação de maior maleabilidade do instituto da preclusão probatória em nosso sistema jurisdicional.

Como ressaltado por Joseph, o simples estabelecimento de prazos processuais fixos, como feito por alguns estatutos estadunidenses, carece de legitimidade, exatamente por muitas vezes atingir, de forma arbitrária, o exercício do direito de defesa, violando-se, assim, o devido processo legal.¹²⁵⁹

Não se está aqui defendendo, obviamente, um direito à prova defensiva absoluto e ilimitado, até porque, caso ao acusado fosse autorizada a produção de qualquer meio de prova a qualquer tempo no processo, sem a existência de nenhum tipo de freio ou desestímulo processual, a exceção da produção extemporânea de prova exculpatória se tornaria a regra, e “a duração do processo seria excessiva a ponto de comprometer a tutela jurisdicional dos direitos materiais, [...] resultando na violação do direito à tutela jurisdicional dentro de um

¹²⁵⁷ Nesse sentido, Vestal, acerca das hipóteses de preclusão no sistema norte-americano, limita-as às seguintes: “*Claim preclusion arises when there has been an action brought on a claim and a final judgement has been rendered. The plaintiff is precluded from bringing another action on the same claim. Issue preclusion exists when an issue has been litigated and a judgment based on that issue has been rendered. The losing party is precluded from prosecutions*” (VESTAL, Allan D. “Issue Preclusion and Criminal Prosecutions”. **Iowa Law Review**, v. 65, p. 281, nota 3, 1979-1980). Ver igualmente, Idem. “Rationale of Preclusion”. **Saint Louis University Law Journal**, v. 9, p. 29-31, 1964-1965. Neste mesmo sentido, Cabral afirma que “[u]mas das características que rapidamente salta aos olhos do jurista da tradição romano-germânica quando este se depara com o modelo norte-americano é que lá existe um tratamento conjunto da coisa julgada e das preclusões dentro de um gênero comum”. Acerca das espécies de preclusão em tal sistema, afirma ainda que “*Res judicata* (ou *claim preclusion*) é similar ao que conhecemos como coisa julgada nos sistemas romano-germânicos, impedindo a rediscussão posterior de uma mesma causa de pedir. Já a *issue preclusion* ou *collateral estoppel* impede a análise de questões (*issues*) que serviram de fundamento ao processo anterior, independentemente de ter havido discussão sobre o pedido e sem considerações se o objeto do processo era o mesmo nos dois processos” (CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, p. 180).

¹²⁵⁸ A análise do tema *res judicata* foge aos objetivos do presente trabalho enquanto análise da preclusão como limite sistêmico ao exercício do direito à prova do acusado, razão pela qual não foi abordado especificamente no Capítulo III, quando do estudo do sistema norte-americano.

¹²⁵⁹ Nesse sentido, Joseph afirma que: “*Due process protections ensure that extraconstitutional fixed time limits will not prejudice the accused’s defense*” (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 646).

prazo razoável”.¹²⁶⁰ Geraria, igualmente, um desequilíbrio desproporcional nos interesses tutelados no processo, já que não se pode visar garantir plenamente a defesa às custas de uma absoluta ineficiência do sistema penal.

Embora se sustente a necessidade de uma visão da duração razoável do processo que privilegie o efetivo exercício dos direitos e faculdades processuais do acusado,¹²⁶¹ a inexistência total de limites temporais simplesmente tornaria a ação penal em verdadeira falácia, porque tendente o processo a nunca se encerrar.

Há de se diferenciar, todavia, três hipóteses diversas: a primeira, quando verificada a simples existência de prova exculpatória “nova”, não incidindo qualquer culpa por parte do acusado; a segunda, quando a prova extemporânea que se requer a juntada ou produção já era de conhecimento do acusado quando de sua citação, mas por desídia (v.g., perda de prazo, esquecimento etc.) deixou de ser requerida; e a terceira, quando o acusado, ciente da existência da prova, por má-fé, requer sua produção somente em momento posterior, com o único fim de gerar desordem processual.

Imagine-se, na primeira hipótese, que, oferecida a resposta à acusação dentro do prazo de 10 (dez) dias contados a partir da citação do réu,¹²⁶² venha este a descobrir prova relevante para comprovar a sua inocência. Externando-se essa em forma documental, que possui a natureza de prova pré-constituída, não haverá maiores problemas, em razão da regra prevista no art. 231 do CPP, que autoriza sua apresentação em qualquer fase do processo.¹²⁶³

Contudo, caso o acusado tenha descoberto, por exemplo, a existência de testemunha nova – prova constituída por natureza, que, por exigir a incidência do contraditório no

¹²⁶⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância, p. 32.

¹²⁶¹ Porque, ao mesmo tempo que a demora do processo pode ser considerada uma punição ilegítima ao acusado, a realização de uma “aceleração antigarantista” impede a garantia de direitos fundamentais. Neste sentido, ver LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**, p. 40.

¹²⁶² Nota-se que o estabelecimento de lapso temporal para apontamento das testemunhas a serem ouvidas na fase processual também é prevista em outros ordenamentos, como o italiano. Neste sentido, Furguele, afirma que *“l’oggetto delle richieste può essere rappresentato da tutti i mezzi di prova che le parti hanno interesse a vedere ammessi; fermo restando l’onere sanzionato a pena di inammissibilità, per quanto riguarda le prove orali (testimonianza, esame di periti e consulenti tecnici nonché, a seguito di interpolazione normativa, esame di persone indicate dall’art. 210 c.p.p.), del preventivo deposito delle liste di cui all’art. 468, c.p.p., che deve avvenire nella cancelleria del giudice almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento”*. Como bem ressaltado pelo autor, tal prescrição tem como fim evitar a surpresa da parte na audiência, e garantir o efetivo respeito ao contraditório (FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale**: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova, p. 43-4).

¹²⁶³ Exceção a tal possibilidade de juntada de documento a qualquer momento, como visto na Seção II.3.1.3.3.2, seria o art. 479 do CPP, que estabelece a seguinte proibição aplicável à 2ª fase do procedimento especial do Tribunal do Júri: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.” Caso, todavia, a prova nova tenha sido descoberta nesse interregno, isto é, dentro dos 3 (três) dias úteis antes do julgamento, sendo ela relevante à tese defensiva, deverá então ser realizada a remarcação da sessão de julgamento, dando-se ciência à parte acusadora em prazo hábil, respeitando-se, assim, o contraditório e a garantia à produção da prova pelo acusado.

momento de sua produção, elastecerá o procedimento de forma considerável¹²⁶⁴ –, poderá a defesa requerer a produção de tal meio probatório, ainda que extemporaneamente?

Entende-se, nessa hipótese, que, exatamente porque não verificadas qualquer desídia ou má-fé por parte do réu,¹²⁶⁵ seu direito fundamental de se defender provando permite a produção da prova pré-constituída ou constituenda em qualquer momento da fase processual,¹²⁶⁶ ou instância apta à análise de prova.¹²⁶⁷

Tal constatação se verá sempre que a prova exculpatória for considerada “nova”, ou seja, nas seguintes hipóteses: (i) quando objetivar contrapor novos elementos probatórios apresentados pela acusação; (ii) quando necessária para a comprovação de fatos relevantes ocorridos após a resposta (v.g. circunstância pessoal nova que possa influenciar na dosimetria da pena); ou (iii) quando os fatos ou a própria prova apenas se tornarem conhecidos, ou mesmo esta última disponível, após a apresentação da defesa inicial.¹²⁶⁸

¹²⁶⁴ Nas provas pré-constituídas (v.g., a documental), o momento de produção e propositura se confundem (BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 388, 400). Já naquelas provas consideradas constituendas (v.g., prova testemunhais), a produção probatória apenas se dará em sede processual, em momento posterior à sua propositura e admissão, devendo-se incidir diretamente o contraditório quando do procedimento de sua produção, o que evidentemente demanda maior lapso temporal. Diferenciando as primeiras das segundas, Cambi afirma que “com relação às provas pré-constituídas, as partes têm direito a exercer o contraditório a partir do ingresso do documento em juízo, podendo contestar a sua admissibilidade, a sua eficácia e o valor que lhe deve ser atribuído; ao contrário, com relação às provas constituendas, ambas as partes têm de ter direito a participar de todos os atos que culminem na formação da prova, desde as atividades, desenvolvidas na preparação até a sua valoração” (CAMBI, Eduardo, **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 35).

¹²⁶⁵ Leonardo Greco, em sentido similar, no Processo Civil, sustenta que, caso o requerimento ou a produção extemporânea de prova não tenha resultado “da intenção manifesta de procrastinar”, deve-se conciliar a confiança legítima da parte contrária no normal desenrolar procedimental com a busca da verdade (GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 4, p. 4-28, 2009, p. 16).

¹²⁶⁶ Neste sentido, Eugênio Pacelli afirma que “o processo penal não pode jamais se tornar refém das formas – e ritos –, e exatamente por isso qualquer prova nova que puder demonstrar a inocência do acusado poderá ingressar nos autos a qualquer momento” (PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal**, p. 407). Assim, independentemente da fase processual em que se encontra a ação penal, havendo possibilidade cognitiva de o órgão julgador revisar o arcabouço probatório, deve-se admitir a produção de prova por parte do acusado, em razão do necessário respeito à ampla defesa e à proteção do *status libertatis*.

¹²⁶⁷ O art. 616 do CPP estabelece inclusive que: “[n]o julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”, admitindo-se, assim, a reabertura probatória em fase recursal. Exclui-se aqui, obviamente, a possibilidade de produção probatória em fase de análise de recursos de via extraordinária junto aos Tribunais Superiores, em razão do limite cognitivo a eles imposto. A doutrina italiana tem aceito que a prova seja produzida em sede de apelação, mas somente quando surgida posteriormente ao julgamento ou indeferida indevidamente pelo juízo de primeira instância. Neste sentido, Furgiele afirma que: “*Si realizza, cioè, una sorta di restituzione nel termine, quando il diritto alla prova non sia stato esercitato tempestivamente nel giudizio di primo grado, a causa di forza maggiore o per la sopravvenienza della prova; ovvero, ancora, quando la ammissione della prova, ritualmente richiesta nel giudizio di primo grado, sia stata irragionevolmente negata dal giudice di prime cure*” (FURGIUELE, Alfonso, **La prova nel processo penale: Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova**, p. 65).

¹²⁶⁸ Proposição adaptada às afirmações de Leonardo Greco relativamente à juntada de documentos novos pelas partes em Processo Civil, com base no art. 435 CPC/15 (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2, p. 207-8).

Deve-se exigir, entretanto, ainda assim, a demonstração efetiva, e qualificada, da relevância *lato sensu* da prova por parte da defesa, que venha a justificar a possibilidade de alterar a devida ordem procedimental. Isso porque, uma vez encerrado o prazo para a prática do ato instrutório, a regra é a não juntada da prova, podendo, portanto, o magistrado, nesse momento, realizar um controle mais severo de sua admissibilidade sobre o ponto de vista da pertinência e relevância *stricto sensu*.¹²⁶⁹

Todavia, para se evitar a reiterada produção de prova defensiva a destempo, o que poderia demonstrar o possível desvio de finalidade do ato, quando tal pleito probatório intempestivo não se fulcrar no surgimento de prova nova, mas sim em ato culposo atribuível ao acusado ou à sua defesa, ao invés de se tratar o requerimento extemporâneo de prova como ato precluso, o que acabaria por evitar que o juízo tivesse conhecimento de elemento probatório possivelmente útil ao deslinde da causa, propõe-se, com o fim de se estabelecer um correto equilíbrio entre os interesses do acusado e o necessário desenrolar ordenado e célere do processo, considerá-lo mero descumprimento de obrigação processual (qual seja, de realizar todo o requerimento de prova defensiva na fase do art. 396-A do CPP).

Assim, como tal ato desidioso acabou por gerar um indevido embaraço à efetivação da decisão final, em razão do dever de colaboração das partes,¹²⁷⁰ deve ser considerado “ato atentatório à dignidade da Justiça”, na forma do art. 77, inc. IV do CPC/15 c/c art. 3º do CPP.¹²⁷¹

¹²⁶⁹ Nesse sentido, Caetano Dias afirma que caso a prova a produzir, até mesmo em segunda instância, “se mostre de grande pertinência ou relevância (por exemplo, um exame de DNA, nunca realizado, que poderia indicar se o sêmen encontrado em uma vítima de estupro é ou não do réu), o desembargador deverá afastar a incidência da preclusão, por entender que não significaria uma ruptura no cálculo do risco da preclusão” (CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**, p. 213).

¹²⁷⁰ A favor da incidência do princípio da colaboração no Processo Penal moderno, ou ao menos de um “ônus de diligência” defensivo, como consequência da constitucionalização do princípio da duração razoável do processo, Iacoviello afirma que: “*Questo principio di ragionevole durata del processo comporta tutta una serie di conseguenze. Per esempio, noi diciamo, seguendo un diffuso punto di vista, che la difesa non ha obblighi di collaborazione. Ma possiamo dire che questa affermazione sia ancora vera oggi? Assolutamente no! La difesa non aveva obblighi di collaborazione in un vecchio sistema processuale di tipo inquisitorio, in cui era ai margini e la sua funzione era quella – se ci riusciva – di mettere i bastoni tra le ruote alla macchina del pubblico ministero. Ma in un processo di parti che mira al principio della ragionevole durata si può negare che esista, non tanto un onere di collaborazione della difesa, ma un onere di diligenza della stessa?*” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. “Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno”. In: MARAFIOTI, Luca; COCO, Rosita del. (a cura di) **Il principio di preclusione nel processo penale**. Torino: Giappichelli, p. 3, 2012).

¹²⁷¹ Embora se saiba que o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de condenação do acusado por litigância de má-fé, em razão da absoluta ausência de prevista expressa de tal instituto em nossa codificação processual penal, o que impediria sua aplicação ante a proibição da analogia *in malam partem* (STJ – Sexta Turma, **HC n. 452.713/PR**, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 25/09/2018; STJ – **Corte Especial, PET no AgRg no AgRg nos EAREsp 619.952/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29/06/2016), aqui defende-se a possibilidade de aplicação de instituto similar ao *contempt of court*. E o próprio STJ já decidiu acerca da possibilidade da aplicação subsidiária do art. 77 do Código de Processo Civil/2015, em Processo Penal, como se pode verificar no julgamento do *Recurso em Mandado de Segurança n. 45525/RN*, pela Quinta

Tal instituto, inspirado no *contempt of court* do direito norte-americano, visa exatamente impedir, através do estabelecimento de sanções processuais, que atos realizados pelas partes que violem o normal andamento processual sejam praticados de forma reiterada, apresentando clara função preventiva (*deterrence*).¹²⁷²

Novamente, a questão colocada traz à baila o fundamento de que o direito à prova da defesa tem natureza constitucional de direito fundamental e está intimamente ligado não somente à busca por uma decisão justa, como também à proteção do *status* de liberdade do acusado. Assim, deve-se autorizar a produção da prova extemporânea por ato faltoso do acusado, ainda que o processo já se encontre em instância revisional ordinária,¹²⁷³ aplicando-

Turma do referido tribunal, que assim decidiu: “1) A multa por ato atentatório à dignidade da justiça prevista nos arts. 14, inc. V e parágrafo único do CPC/1973 e reproduzida, com os mesmos contornos, no art. 77, inc. IV, § 2º do CPC/2015, tem fundamento no dever de boa-fé para com a solução do litígio e, nesse sentido, pode ser imposta igualmente às partes ou a terceiros que sejam chamados de alguma forma a participar na solução da controvérsia, aí incluídos, é claro os auxiliares da justiça, dentre eles, o perito. 2) O embaraço ao exercício da jurisdição, inspirado no *contempt of court* do direito norte-americano, embora descrito no Código de Processo Civil, pode, também, ocorrer no Processo Penal, admitindo-se, assim, a imposição de multa por descumprimento de ordem judicial, também na seara penal, tanto em virtude da permissão de aplicação analógica admitida no art. 3 do Código de Processo Penal, quanto em razão da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências” (STJ – 5ª Turma, **RMS 45525/RN**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 29/06/2018).

¹²⁷² Acerca do desenvolvimento histórico do *contempt power* no sistema anglo-saxônico, Goldfarb afirma que: “*Cases in England and the United States which treat the contempt power all assume that the order of society's affairs dictates that this power is inherent in the very nature of governmental bodies, and that all individuals sacrifice some portion of their civil liberties to this needed expedient when they adopt their social contract. Civil lawyers have voiced the fear that such a concession would allow governmental arbitrariness. Though these countries recognize to some extent the propriety of punishment for past consequences (some criminal contempts), they recoil at the suggestion of punishment for the purpose of coercing an individual to act in a certain way in the future (civil contempt). Though criminal contempts are sometimes accepted in civil law systems (if limited and under different labels), these legal systems draw a distinction between punishment as a willed consequence of human behavior, and contempt as a means of coercing the commission of certain desired acts*” (GOLDFARB, Ronald. “The History of the Contempt Power”. **Washington University Law Review**, v. 1, p. 2, 1961).

¹²⁷³ No Processo Civil, acerca da possibilidade de as partes juntarem provas em segunda instância, e sua justificação, Eduardo Couture afirma que: “*Nuestros tribunales han sido sistemáticamente contrarios a la tendencia de transformar la segunda instancia en un medio indirecto de reparar los errores que los abogados, los procuradores o las partes mismas han cometido en primera instancia. Si se admitiera un criterio liberar para abrir la prueba la segunda instancia, necesariamente la primera instancia sería una etapa de tanteo y de experimentación. Se utilizarían en ella ciertas armas de menor alcance; pero las de mayor eficacia se reservarían para la segunda instancia. [...] Es así porque los jueces han hecho de esta jurisprudencia un medio indirecto de fortalecer la primera instancia. No defienden tanto el material de conocimiento con que deben fallar en segunda instancia, como el principio de que el debate y la prueba se deben agotar en primera instancia. En el paralelo tantas veces hecho entre deporte y proceso, este principio es algo así como la prohibición de reservar las fuerzas para el segundo tiempo. En el proceso, en materia de prueba, es necesario ganar el match en el primer tiempo*” (COUTURE, Eduardo J. “Prueba en segunda instancia”. In: _____. **Estudios de derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, t. 3, p. 352-5). Todavia, embora seja assente de dúvidas que, em regra, a prova deverá ser produzida em primeira instância, a necessária proteção ao *status libertatis* do acusado exige maior permissividade à aceitação de sua produção também em segundo grau no Processo Penal.

se, todavia, a sanção processual de multa,¹²⁷⁴ com base no art. 77, §§ 2º e 5º, do CPC/15, na forma do art. 3º do CPP, sem prejuízo das possíveis outras sanções disciplinares ao advogado do réu, caso este tenha contribuído para tal conduta.

Corroborando tal posicionamento, Peter Westen sustenta que, no direito norte-americano, independentemente de qual sanção processual será aplicada ao acusado para impedir que tal ato desidioso seja reiterado, a preclusão da prova exculpatória revela-se como uma punição desnecessária.¹²⁷⁵

Entende-se, todavia, que uma vez requerida a prova a destempo, com vista a se assegurar de forma eficaz o devido respeito ao desenrolar adequado do processo, a desídia da defesa deve ser presumida. Desta forma, para que não incida a referida sanção processual pecuniária, deverá o acusado demonstrar sua boa-fé, isto é, que não incorreu em qualquer ato culposo que justificasse a aplicação do gravame.

Por fim, é evidente que, caso o requerimento extemporâneo da prova tenha se dado somente com o fim escuso de gerar desordem processual, a má-fé do acusado, que deve restar igualmente demonstrada nos autos, impõe o indeferimento do pleito probatório,¹²⁷⁶ sob pena de se cancelar que o réu venha a se beneficiar da sua própria torpeza, deixando-se, assim, a discussão acerca da aptidão de tal “prova nova” para afastar o decreto condenatório a uma eventual ação de revisão criminal, a ser posteriormente proposta pelo acusado.

¹²⁷⁴ Note-se que, de certa forma, para aqueles que sustentam a natureza sancionatória do instituto da preclusão, estar-se-ia optando somente pela aplicação de uma sanção menos grave ao acusado, em respeito à necessidade de produção da prova exculpatória. Sobre a questão acerca do caráter de sanção da preclusão, consubstanciada numa visão tedesca sobre o tema – que se difere da latina, influenciada pela visão *chiovendiana* da preclusão como perda de faculdade –, e citando a “teoria da vinculação” (*Verbindlichkeitstheorie*), fundada por Degenkolb, bem como a teoria de Franz Klein, que resgatou o caráter de sanção da preclusão, com base nos princípios da cooperação e boa-fé processual, ver CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, p. 121. Segundo Cabral, no sentido do que aqui se propõe, a perspectiva do formalismo-valorativo “incorpora as interações subjetivas nos escopos da previsão normativa das formalidades processuais, assumindo o regramento formal do processo de uma função não apenas repressiva ou sancionatória (retrospectiva), mas indutiva de comportamentos futuros (prospectiva)” (Ibid., p. 125).

¹²⁷⁵ Livre tradução do trecho: “*Whatever the particular sanction or combination of sanctions utilized to deter noncompliance with the rule, total preclusion of exculpatory evidence is unnecessarily harsh*” (WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”, **Michigan Law Review**, p. 138-9). Joseph, em sentido similar, aponta que, muitas vezes, a aplicação das *contempt sanctions* se revelariam até mesmo mais eficazes (JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”, **Fordham Law Review**, p. 611-56). Todavia, em *United States v. Nobles*, 422 US 225 (1975), a Suprema Corte, no sentido contrário, implicitamente autorizou o Estado a se utilizar do instituto da preclusão para garantir o respeito a regras procedimentais válidas, ainda que em contraposição ao direito à prova defensiva.

¹²⁷⁶ Greco afirma aqui que, em Processo Civil, as limitações procedimentais decorrentes da inobservância de prazos e preclusões somente “devem ser afastadas se a parte requerer a prova tardiamente, justificando a sua necessidade ou utilidade e o motivo do retardamento, que evidenciem que este não resultou de manifesta má-fé, com o intuito de procrastinar o desfecho do processo” (GRECO, Leonardo. “Limitações probatórias no processo civil”. **Revista eletrônica de direito processual**, p. 25).

4.4 O necessário controle pelas instâncias superiores dos critérios adotados pelo magistrado para indeferir a prova defensiva: por uma releitura da figura do juiz como único destinatário da prova

Analisados os principais pontos relativos às restrições ao exercício do direito à admissão da prova pelo acusado previstas em nosso corpo legislativo, que merecem revisão frente à necessidade de se implementar um efetivo respeito ao direito à ampla defesa, passa-se a se discutir a possibilidade de controle, por parte dos órgãos jurisdicionais revisores, da utilização adequada de tais critérios pelo juízo originário.

Será que a análise da relevância *lato sensu* de uma prova requerida pela defesa, por exemplo, deveria ser confiada única e exclusivamente ao “prudente arbítrio do juiz da causa”,¹²⁷⁷ como vem sendo determinado por nossos tribunais?¹²⁷⁸

Podem-se encontrar em nosso repositório de jurisprudência diversas decisões sustentando que “cabe ao Juízo ordinário, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias para a elucidação dos fatos”,¹²⁷⁹ adjetivando o julgador de primeira instância até mesmo de “soberano” em tal análise.¹²⁸⁰ Haveria, então, uma espécie de discricionariedade judicial regrada?¹²⁸¹

¹²⁷⁷ Nesse sentido, o voto do ministro Edson Fachin, proferido nos autos do **Habeas Corpus n. 131.158/RS**, foi de que: “não há direito absoluto à produção de prova. Em casos complexos, há que confiar no prudente arbítrio do juiz da causa, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes” (STF – 1ª Turma, **HC n. 131.158-RS**, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 26/04/2016).

¹²⁷⁸ Pozatti e Lanes citam julgamentos das quatro turmas cíveis do STJ que apontam, em uníssono, que seria o juiz o único destinatário da prova (LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. “O juiz como único destinatário da prova (?)”. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos [Orgs.]. **Direito probatório**. 3ª ed. ver., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 98-9). Posicionamento similar a este também se encontra na jurisprudência espanhola, que já foi, inclusive, objeto de crítica por Palomino, quando em análise de decisão do Tribunal Constitucional daquele país, de 16 de novembro de 1983 (MORON PALOMINO, Manuel. “O processo Justo”. In: **Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 77 [*apud* GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra. Firly Nascimento Filho [Orgs.]. **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 369-406]).

¹²⁷⁹ STF – 2ª Turma, **HC n. 135.269**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14/08/2018. Nesse mesmo sentido: STF – 2ª Turma, **HC n. 116.989/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 08/05/2015; STF – 1ª Turma, **HC-AgR n. 125.688/SP**, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 04/03/2015; STF – 1ª Turma, **RHC n. 115.133/SP**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/05/2013; STF – 2ª Turma, **HC n. 96.421/PI**, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 23/10/2014.

¹²⁸⁰ Dessa forma, ver decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na qual se afirma que: “o indeferimento de produção de provas é ato norteador pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal” (STJ – 5ª Turma, **HC n. 180.249/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 04/12/2012).

¹²⁸¹ A orientação de nossa jurisprudência, quanto ao indeferimento das provas requeridas pela defesa, tem sido realmente no sentido da adoção do princípio da discricionariedade regrada. Vejamos, a título de exemplo, o

Evidente que não. A sustentar-se tal discricionariedade do magistrado, assemelhar-se-ia, em muito, nosso sistema àquele propugnado em decisões, de carga altamente autoritária, proferidas pela Corte Constitucional Federal da antiga Alemanha Federal, nos longínquos idos das décadas de 1950 e 1960 do século passado, nas quais, embora se admitisse uma participação limitada das partes na pesquisa da verdade, esta deveria sempre ser levada ao crivo da avaliação “responsável” do juiz de primeira instância.¹²⁸²

Trata-se de uma visão antiquada do processo, que atualmente deve incorporar a ideia de participação efetiva das partes na decisão final, sendo esta vista como “produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas”.¹²⁸³

Contudo, fato é que tal posicionamento vem sendo adotado pelas cortes nacionais com fulcro no princípio do livre convencimento motivado¹²⁸⁴ (ou “sistema de persuasão racional”),¹²⁸⁵ em regra aplicável na fase de valoração da prova, mas que supostamente, segundo o referido entendimento, encontraria ressonância também na fase da admissão probatória.¹²⁸⁶

Parte-se da premissa, equivocada, de que a admissibilidade de determinado meio de

seguinte trecho extraído de julgado do Superior Tribunal de Justiça: “[...] O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução” (STJ – 5ª Turma, **RMS n. 31577/SP**, Rel. desembargador convocado Adilson Vieira Macabu, julg. em 14/04/2011). Neste sentido, ver também STJ – 5ª Turma, **HC n. 79.813/SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 03/11/2008.

¹²⁸² Nicolò Trocker, **Processo civile e costituzione**, p. 510-3.

¹²⁸³ Expressão retirada do seguinte trecho de Barros: “Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas” (BARROS, Flaviane de Magalhães. “A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 135, 2008).

¹²⁸⁴ Nesse sentido já se manifestou a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1 do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (STF – 1ª Turma, **RHC 126.853-AgR**, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 25/08/2015).

¹²⁸⁵ A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido: “A discricionariedade associada ao deferimento da produção probatória decorre implicitamente do sistema de persuasão racional, em que o Estado-Juiz figura como destinatário do conjunto probatório e atua, mediante critérios de liberdade regrada, nas etapas de admissão e valoração da prova” (STF – 2ª Turma, **AgRg no RHC 142.982/MG**, Rel. Min. Edson Fachin, julg. em 22/06/2018).

¹²⁸⁶ Uma das possíveis explicações para o equivocado posicionamento jurisprudencial poderia ser a proximidade dos dispositivos que versam sobre a admissão e a valoração da prova na codificação processual civil. No antigo Código de Processo Civil de 1973, o art. 130 tratava das regras de inadmissão da prova, determinando indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, enquanto a regra de valoração da prova estava prevista em seu art. 131. No Código de Processo Civil de 2015, mantiveram-se as hipóteses de indeferimento probatório, mas agora no parágrafo único do art. 370, enquanto a regra de valoração da prova restou especificada no novo art. 371, excluindo-se o vocábulo “livremente”.

prova poderia ser realizada mediante a valoração antecipada de seu resultado,¹²⁸⁷ e ainda se estabelece à atividade probatória uma função limitada, cujo único objetivo seria o de obter o convencimento do juiz da causa.¹²⁸⁸

Evidente, todavia, que as regras para a admissibilidade da prova não podem ser confundidas com aquelas atinentes à sua valoração,¹²⁸⁹ não se podendo indeferir o pleito probatório defensivo com base apenas em um suposto convencimento judicial prévio – e “mediúnico” – acerca da carga que determinada prova a ser produzida apresentará após sua produção.¹²⁹⁰

Revela-se, ainda, desacertado afirmar que o magistrado de competência originária para a análise da demanda seria o único destinatário¹²⁹¹ – ou “destinatário final”¹²⁹² – da prova, uma vez que, como bem afirma Mitidiero, “a verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la”.¹²⁹³

Como visto, a aceitação de funções demonstrativas e subsidiariamente persuasivas da prova¹²⁹⁴ impõe afirmar, através de uma visão democrática de processo,¹²⁹⁵ que a atividade

¹²⁸⁷ LANES, Júlio Cesar. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 170.

¹²⁸⁸ Idem; POZATTI, Fabrício Costa. “O juiz como único destinatário da prova (?)”. In: **Direito probatório**, p. 100.

¹²⁸⁹ Ibid., p. 103-4.

¹²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 179.

¹²⁹¹ Nesse sentido, Lima afirma que: “De modo geral, tem-se como destinatário o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) sobre o qual recai a competência para o processo e julgamento do delito” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, p. 559).

¹²⁹² Neste sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça coloca que: “Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias” (STJ – 6ª Turma, **REsp 1519662/DF**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/09/2015).

¹²⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 144.

¹²⁹⁴ Conforme Seção I.5.

¹²⁹⁵ Note-se que não só aqui no País normalmente se verifica intolerância por parte do magistrado sempre que se busca diminuir ou controlar os poderes judiciais em prol de um processo compartilhado com as partes. Neste sentido, quando da edição do novo Código de Processo Penal italiano, em que se diminuiu os poderes probatórios judiciais, principalmente quanto ao juiz do *dibattimento* que, no início da fase processual, seria um verdadeiro ignorante acerca das provas a serem produzidas, Bianchi afirma que: “*Il motivo per cui il meccanismo di formazione della prova in dibattimento è stato uno degli obiettivi dell’attacco sferrato contro il nuovo codice’ può individuarsi nella insofferenza dei magistrati per la condizione di ignoranza dell’oggetto del giudizio nella quale si trova il giudice nelle iniziali di dibattimento. Le parti indicano, ex art. 190, le prove da assumere in giudizio perché dispongono di un bagaglio di conoscenze superiore a quello del giudice. Questo squilibrio conoscitivo, favorevole alle parti, condiziona l’approccio stesso al sistema delle prove e rappresenta l’esatta antitesi di ciò che si verificava all’apertura del dibattimento disciplinato secondo le regole del codice abrogato*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti**, p. 8). Acerca ainda da nova regra do artigo 190 do Código de Processo Penal italiano, que trouxe disposição similar àquela prevista em nosso art. 400, § 1º, Bianchi afirma que: “*In*

probatória apresenta como destinatário final não apenas o órgão julgador, mas também as partes¹²⁹⁶ e a própria sociedade.¹²⁹⁷

Além disso, não há dúvidas de que, no que tange aos julgadores, o destinatário não será somente o juiz de primeira instância. Isso porque, sempre que se admitir um juízo de revisão com cognição ampla realizado por órgãos jurisdicionais superiores, estes também deverão compor o grupo daqueles a que se destina a produção probatória judiciária.

E mais, ainda que fosse o magistrado de primeira instância o único destinatário da prova, não haveria porque se afastar das instâncias revisoras o controle acerca da fundamentação por ele adotada para inadmitir a prova requerida pela defesa, uma vez que, se assim o fosse, estar-se-ia sepultando garantia decorrente do dever de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, insculpido no art. 93, inciso IX, de nossa Carta Magna.

Sobre a questão, precisas são as lições de Badaró, quanto aos limites lógicos, ao afirmar que “sendo a relevância da prova um juízo da relação entre o fato a ser provado pelo meio proposto e o fato alegado que se enquadra no tipo abstrato descrito na norma, o controle judicial para a admissibilidade da prova envolve um processo de subsunção”.¹²⁹⁸

Esse processo de subsunção se revela num juízo hipotético entre aquilo que se pretende provar e o *thema probandum*, razão pela qual o autor, de forma precisa, admite que o controle de tal decisão seja exercido até mesmo por nossos Tribunais Superiores, uma vez que o erro de avaliação acerca dos critérios de admissão da prova requerida pelas partes inclui-se no conceito de *error iuris*, cabendo até mesmo sua revisão por meio dos recursos de via extraordinária.¹²⁹⁹

Isso porque, se de um lado existe um direito do acusado à admissão da prova relevante *lato sensu* e não protelatória, de outro, há um dever jurisdicional de admiti-la,¹³⁰⁰ não se

conclusione, l'art. 190 esprime il superamento dell'ordinamento pre-vigente, nel quale la prova era 'in tutto e per tutto del giudice' e disegna un equilibrio probatorio, tra le parti ed il giudice, destinato a mutare nel corso della fase dibattimentale” (Ibid., p. 48-9). Demonstra-se, portanto, que, em uma visão moderna e democrática de Processo Penal, o juízo não é o único destinatário da prova, cujo endereçamento encontra equilíbrio tanto no órgão jurisdicional como nas partes.

¹²⁹⁶ Neste sentido, Távora e Alencar: “As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão” (TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 37).

¹²⁹⁷ Como bem apontado por Lanes e Pozatti: “O processo, no Estado Constitucional de Direito, transcende o individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo jurisdicionado em litígio, mas por toda coletividade” (LANES, Júlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. “O juiz como único destinatário da prova (?)”. In: **Direito probatório**, p. 108).

¹²⁹⁸ BADARÓ, Gustavo. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**, p. 251.

¹²⁹⁹ Ibid., p. 22.

¹³⁰⁰ Conforme apontado por Theodoro Júnior: “diante da garantia fundamental de acesso à justiça mediante um processo justo, comprometido com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real, a produção de prova pertinente e adequada é um direito da parte e um dever do juiz” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O**

podendo sustentar que eventual violação de tal dever pelo magistrado estaria livre de qualquer controle por parte das instâncias superiores.

Como bem ressaltado no sistema norte-americano por Imwinkelried e Garland, “os magistrados de revisão estão indiscutivelmente em posição tão boa quanto o juiz responsável pelo julgamento para determinar a relevância lógica da prova”,¹³⁰¹ constatação esta que, sem dúvida alguma, pode ser estendida também para os critérios epistemológicos e sistêmicos de admissibilidade probatória.

Essa é a razão pela qual a Suprema Corte dos EUA, no julgamento *Eddings v. Oklahoma*,¹³⁰² em continuidade àquilo já decidido em *Lockett v. Ohio*,¹³⁰³ reafirmou sua competência em rever a decisão dos órgãos inferiores acerca dos critérios judiciais utilizados para inadmitir o requerimento probatório defensivo.¹³⁰⁴

Não há qualquer óbice, portanto, nem mesmo em se admitir a revisão da decisão de indeferimento de prova requerida pela defesa em sede de recurso de apelação,¹³⁰⁵ como ocorre no sistema italiano.¹³⁰⁶ Cabe ao tribunal de segunda instância, se for o caso, determinar a anulação da sentença para que, após a produção, em primeira instância, da prova irregularmente indeferida, e abertura de nova vista às partes em razões finais, seja prolatado um novel ato decisório final pelo juízo de piso, agora com o devido cotejo do elemento probatório recém-produzido.

Todavia, revela-se evidente que, em juízo revisor, apenas será determinada a anulação da sentença quando verificado que a prova a ser produzida será possivelmente “decisiva” ao julgamento da causa, ou seja, que, em juízo hipotético, aquilo que se pretende comprovar terá

processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real, p. 20. Disponível em: <amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verda-de-real>. Acesso em: 23 fev. 2018).

¹³⁰¹ Livre tradução do trecho: “*the appellate judges are arguably in as good a position as the trial judge to determine logical relevancy*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 235).

¹³⁰² **Eddings v. Oklahoma**, 455 US 104 (1982).

¹³⁰³ **Lockett v. Ohio**, 438 US 586 (1978).

¹³⁰⁴ Conforme Seção III.6.4

¹³⁰⁵ Neste sentido, decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, aventando tal possibilidade: “Não há um direito absoluto à produção de prova, facultando o art. 400, § 1 do Código de Processo Penal ao juiz o indeferimento de provas impertinentes, irrelevantes e protelatórias. Cabíveis, na fase de diligências complementares, requerimentos de prova cuja necessidade tenha surgido apenas no decorrer da instrução. Em casos complexos, há que confiar no prudente arbítrio do magistrado, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes, sem prejuízo da avaliação crítica pela Corte de Apelação no julgamento de eventual recurso contra a sentença” (STF – 1ª Turma, **HC n. 100.988**, Rel. Min Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Rosa Weber, julg. em 15/05/2012).

¹³⁰⁶ ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova in dibattimento**, p. 33; ORLANDI, Renzo. “L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, p. 491.

mínima aptidão para alterar a decisão final de primeiro grau.¹³⁰⁷

Deve-se verificar, portanto, se o futuro resultado probatório, uma vez atingido, será eventualmente idôneo a infirmar as razões que fundamentaram o decreto condenatório.¹³⁰⁸ Por exemplo, caso pretenda o acusado, através da prova indeferida, comprovar a ilicitude da obtenção de determinado elemento probatório que veio a alicerçar sua condenação, deverá o tribunal revisor analisar – ainda que tal ato de indeferimento tenha violado o direito à prova defensiva – se, uma vez atestada a ilicitude da prova, e sendo esta afastada, o conjunto probatório remanescente seria ainda suficiente para atingir o *standard* probatório necessário para a prolação de sentença condenatória. Se a resposta for positiva, não deverá ser anulada a sentença de piso, em razão da evidente “inidoneidade” da prova a ser produzida.

Por fim, cabe ressaltar que, ante o perigo evidente ao direito à liberdade do acusado consistente na impossibilidade de produção de prova apta a afastar sua eventual condenação, nada impede que se obtenha a revisão da indevida decisão de inadmissão de prova defensiva antes mesmo do encerramento da primeira instância,¹³⁰⁹ através do manejo das chamadas ações autônomas de impugnação. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já chegou a conceder ordem de *Habeas Corpus* para determinar a produção imediata, até mesmo em sede de investigação preliminar, de prova testemunhal e quebra de sigilo telefônico solicitada pela defesa, ao considerá-las relevantes ao deslinde dos fatos.¹³¹⁰

¹³⁰⁷ Neste sentido, em *Giglio v. United States*, 405 US 150 (1972), a Suprema Corte estabeleceu que, para uma demonstração de materialidade por parte da defesa que justifique a alteração da decisão de inadmissibilidade probatória de primeira instância, basta que se estabeleça que a prova “poderia [...] em uma análise razoável ter afetado o julgamento”.

¹³⁰⁸ Neste sentido, no sistema italiano, Bianchi afirma que: “*In senso analogo, il caso di ricorso in Cassazione avverso la ‘mancata assunzione di una prova decisiva’ (art. 606, comma 1 lett. D) – posto a tutela del solo diritto alla prova contraria – è stato ridimensionato dall’elaborazione giurisprudenziale, la quale ha individuato la ‘prova decisiva’ in quella ‘che avrebbe potuto determinare una decisione diversa, in quanto i fatti oggetto della prova non ammessa sarebbero stati idonei ‘ad inficiare le ragioni poste a base del convincimento manifestato dal giudice’*” (BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale**. Analisi dell’attività argomentativa delle parti, p. 141-2).

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 143.

¹³¹⁰ STJ – 6ª Turma, **HC n. 69.405/SP**, Rel. Min. Nilson Naves, julg. em 23/10/2007. Nicolitt, no mesmo sentido, admite o controle da inadmissão da prova por meio de *Habeas Corpus*: “Não obstante, a nosso ver, pode o indeferimento de prova dar azo a mandado de segurança e, em certos casos, a habeas corpus, desde que o indeferimento seja desprovido de fundamentação ou que esta seja manifestamente equivocada, ou ainda seja evidente o prejuízo à acusação ou à defesa” (NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 649). Evidente que se tratam de institutos com características um pouco diversas, mas até mesmo no EUA, o *Habeas Corpus* pode ser utilizado para rediscutir a prova incorretamente indeferida pelo juízo de primeira instância. Nesse sentido, Imwinkelried e Garland afirmam que “*Federal habeas corpus is na avenue for reviewing a state trial court’s ruling characterizing defense proffered evidence as irrelevant*” (IMWINKELRIED, Edward J.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused’s Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**, p. 255). Em sentido contrário, todavia, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já assentou que: “A via estreita do habeas corpus não é meio adequado para verificação de conveniência ou necessidade de produção de provas, se a avaliação desse juízo de discricionariedade do julgador demanda, como in casu, o cotejo analítico e aprofundado dos elementos fático-probatórios contidos nos autos da ação penal” (STJ – 5ª Turma, **AgRg no RHC n. 98291/PR**, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 02/08/2018).

Assim, para que se possa garantir que o exercício do direito à prova defensiva seja efetivamente respeitado pelo magistrado de primeira instância, através da devida análise jurisdicional dos critérios limitativos à produção probatória em face do princípio da ampla defesa – cerne do presente trabalho –, há de se entender que o juiz não figura como único destinatário da prova processual, possibilitando-se, assim, que o réu possa buscar as instâncias superiores sempre que a sua garantia fundamental de se defender provando for atingida no caso concreto.

CONCLUSÃO

A evidente importância da produção probatória do acusado em Processo Penal, muitas vezes negligenciada, e a necessidade de se estabelecer limites interpretativos às hipóteses de restrição à admissão da prova exculpatória, que se encontram, atualmente, carentes de sistematização por nossa doutrina, inspiraram a busca de subsídios na rica e secular experiência norte-americana da *evidence law* para se reinterpretar – sob à ótica das garantias da ampla defesa e da verdade processual – as limitações processuais probatórias impostas nas ações penais condenatórias ao acusado em nosso ordenamento jurídico, em prol da maximização do exercício do direito à prova defensiva.

Assim, na primeira parte do presente trabalho, com base no entendimento de Oscar Bülow acerca da natureza jurídica do processo, buscou-se contextualizar a prova como exercício de direito das partes da relação jurídico-processual.

Adotou-se, ainda, como premissa interpretativa dos limites à prova exculpatória, a ideia de que o Processo Penal, em um Estado Democrático de Direito, deve apresentar como função precípua a garantia dos direitos do acusado, revelando-se verdadeiro freio às arbitrariedades do Poder público. Portanto, afastou-se a possibilidade de sua utilização como mero instrumento de pacificação ou defesa social, comumente verificada em sistemas arcaicos e autoritários, uma vez que, embora instrumental, a norma processual penal não apresenta as mesmas funções da norma material penal.

Nesse diapasão, salientou-se que a ampla defesa, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, encontra uma posição de destaque no estudo processual penal, elevada a verdadeiro axioma e um dos pilares do sistema de garantia aos direitos do cidadão. Essa é a razão pela qual não pode ela ser interpretada somente como um contraponto ao exercício do direito de ação pelo titular da ação penal. Sustentou-se, então, ser legítima a criação de direitos e privilégios exclusivos do acusado em Processo Penal que possam vir a reequilibrar partes já naturalmente desequilibradas – seja porque o réu, em regra, não dispõe de todo o aparato investigativo do acusador, seja porque é o único sujeito da relação processual penal que efetivamente poderá sofrer graves consequência com o deslinde do processo.

Apresentado, então, como um dos corolários (ou subprincípio) da ampla defesa, o direito fundamental à prova do acusado consiste na possibilidade deste apresentar e produzir todas as provas que possam favorecer suas teses, ou mesmo refutar aquelas apresentadas pela acusação, não podendo ser restringido seu acesso a tais elementos probatórios de forma

injustificada.

Vislumbrou-se, então, a existência de um verdadeiro direito à admissão da prova do acusado, cuja consequência principal é a contraposição de um dever estatal de admitir as provas por ele pretendidas, desde que atendidos os requisitos mínimos para sua produção e introdução no processo.

Ademais, admitindo-se a existência de uma função primordialmente demonstrativa (e apenas subsidiariamente persuasiva) da prova, vinculou-se o direito à sua admissão à garantia da verdade processual. Esta, enquanto função legitimadora da decisão judicial, e elemento do processo justo, será um norte legítimo à produção probatória, uma vez que os fatos narrados na exordial acusatória apenas poderão ser considerados verdadeiros se confirmados racionalmente através das provas e contraprovas juntadas aos autos.

Ressaltada a extrema relevância do direito à admissão da prova do acusado, em razão de sua relação direta com as garantias da ampla defesa e da verdade processual, passou-se, então, a analisar sua extensão, com base na sua estreita relação com o objeto do Processo Penal, estabelecendo-se, assim, o *thema probandum* das ações penais condenatórias. Após apontar-se as diversas correntes acerca do tema, adotou-se um conceito amplo de pretensão acusatória como objeto do Processo Penal, englobando não apenas a questão fática (realidade histórica) ou jurídica (atribuição da violação de uma norma penal incriminadora), mas também todas as circunstâncias que podem ser consideradas pelo julgador quando da definição da pena a ser aplicada. Salientando-se ainda a possibilidade de se produzir prova acerca de questões fáticas que venham a interferir na aplicação de regras processuais que afetem a cognição judicial, circunscreveu-se os elementos do *thema probandum* – sobre os quais poderá incidir o direito à prova do acusado – como sendo: (i) todas as circunstâncias que envolvem a existência do fato imputado, bem como sua autoria; (ii) questões fáticas que guardem relação com a constituição ou afastamento da conduta criminosa (elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade); (iii) circunstâncias que influenciem na dosimetria da pena; e, por fim, (iv) os fatos processuais que possam, eventualmente, influenciar a análise da licitude do substrato probatório pelo magistrado.

No segundo capítulo, baseando-se na ideia de inexistência de um direito absoluto e ilimitado à admissão da prova requerida pelo acusado, buscou-se, então, apresentar as hipóteses de sua relativização atualmente verificadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Registrou-se, todavia, que a aceitação das limitações probatórias não se assenta em um suposto “garantismo integral”, aventado por parte da doutrina moderna brasileira como forma de “releitura” da tese defendida por Luigi Ferrajoli, e que enxerga uma hiperbolia das

garantias do acusado no sistema processual penal brasileiro. Sustentou-se que tal doutrina apropriou-se de forma equivocada da expressão “garantismo”, na medida em que se afasta bastante da ideia desenvolvida pelo mestre italiano. Diferentemente daquilo preconizado pelos defensores do “garantismo integral”, o Sistema Garantista (SG) proposto por Ferrajoli privilegia uma maior expansão e preocupação com as garantias do réu, estabelecendo o direito de defesa como um de seus principais axiomas.

Com base ainda na doutrina daquele autor, bem como na de Lenio Streck, criticou-se o ativismo judicial, visto como uma disfunção da atividade jurisdicional, e salientou-se a importância de se criar critérios minimamente rígidos para a relativização do direito à admissão da prova do acusado que possam informar o magistrado quando da aplicação das hipóteses de restrição probatória previstas em nosso ordenamento.

Em razão do recorte epistemológico do trabalho, passou-se, então, a analisar as limitações ao direito à prova verificadas nas fases da propositura e admissão probatória – porque intimamente ligadas –, com base na ideia de que, enquanto limitadoras de direito fundamental, devem configurar-se como casos excepcionais, admitidas somente quando houver proporcionalidade entre a restrição probatória e a salvaguarda de outro direito fundamental de grande relevância.

Tais limitações foram inicialmente classificadas em: (i) extraprocessuais, de natureza política, e relativas à proteção de interesses exógenos ao processo; e (ii) processuais, de naturezas lógica, epistemológica ou sistêmica, em que se busca uma melhor prestação da atividade jurisdicional. Como as primeiras, em regra, não se configuram comumente como obstáculo à produção de prova exculpatória, concentrou-se o desenvolvimento do trabalho nos limites probatórios processuais.

Apresentaram-se então os limites lógicos, previstos no parágrafo 1º do art. 400 do CPP, como ligados a critérios objetivos identificáveis com o *thema probandum*. Enfrentando-se a grande discordância acadêmica acerca da questão, concluiu-se que a prova requerida em juízo será pertinente sempre que verificada identidade direta entre o fato que se visa comprovar e um dos elementos do *thema probandum*, e relevante *stricto sensu* quando o objeto da prova se revelar um fato secundário, cuja comprovação atestará um dos componentes do *thema probandum* apenas através de um processo intelectual inferencial. Assim, para a prova requerida em juízo ser admitida, na forma do referido dispositivo, deverá apresentar pertinência ou relevância *stricto sensu*, enquanto espécies de um critério geral de relevância *lato sensu*.

Em seguida, passou-se à análise dos limites epistemológicos, estabelecidos em lei com

o fim de se garantir uma melhor qualidade cognitiva do resultado probatório. Quanto às provas testemunhais, foram apresentados como exemplos o art. 206 do CPP, referente às testemunhas desobrigadas a depor, e o art. 207 do mesmo código, que rege os casos de proibição de testemunho; e, quanto à restrição de produção de prova relativa ao estado civil das pessoas, o parágrafo único do art. 155 do CPP. Viu-se que a desobrigação do testemunho de parentes, embora também vise proteger a paz familiar, encontra fundamento na possível imparcialidade das declarações a serem prestadas. Advertiu-se, ainda, sobre a impossibilidade de, caso ouvidas, tais testemunhas serem intituladas de informantes, uma vez que a carga probatória do depoimento deve ser conferida pelo magistrado somente quando da valoração da prova, na sentença. Já no que tange às hipóteses de proibição do testemunho com fundamento em vínculos profissionais que exigiriam o resguardo de informações sigilosas, após a análise das normas regulamentares das atividades advocatícia e médica, verificou-se que a previsão legal de necessária concordância da testemunha em prestar depoimento, ainda que expressamente autorizada pelo detentor originário do sigilo, apresenta igualmente caráter subsidiário de garantia epistemológica da prova.

Por fim, quanto aos limites sistêmicos, classificou-se as provas em protelatórias, superabundantes e extemporâneas. As primeiras, expressamente vedadas pelo parágrafo 1º do art. 400 do CPP, buscam tutelar a lealdade e a boa-fé processuais, razão pela qual apenas poderão ser assim consideradas quando o fim único da parte, com a sua produção, for gerar uma postergação ilegítima do encerramento processual, que deverá ser evidenciado pelo julgador, no ato de seu indeferimento, através da demonstração de que idêntico resultado probatório poderia ser obtido por outros meios mais céleres. Já a prova superabundante, também conhecida como repetitiva ou supérflua, destina-se a tutelar o princípio da economia processual. Refere-se, portanto, à existência de limites quantitativos à admissão judicial de determinado meio de prova (v.g., art. 401 do CPP), que considerarão, como base para seu arbitramento, a complexidade do caso penal, bem como a gravidade da eventual pena a ser aplicada ao acusado. Quanto às provas extemporâneas, em razão de sua íntima ligação com o instituto da preclusão, fez-se necessário realizar uma breve exposição dos posicionamentos doutrinários acerca do tema, salientando-se, neste ponto, suas espécies, e estabelecendo-se a importância de tal instituto para garantir a celeridade e a evolução progressiva do processo. Com base no procedimento comum ordinário, verificou-se que a prova deverá ser requerida, em regra, pelas partes no momento inicial do processo, isto é, quando do oferecimento da exordial, pelo acusador, e da resposta, pelo acusado. Asseverou-se, ainda, que a preclusão incidente em tais hipóteses seria consumativa, já que se consideram impróprios os prazos para

a prática de tais atos processuais. Três artigos do CPP são casos de exceção a tal regra preclusiva: o art. 402, que possibilita às partes a produção de nova prova cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução; o art. 231, que autoriza a juntada de prova documental em qualquer fase do processo; e o art. 616, que estabelece a possibilidade de nova realização de prova quando do julgamento das apelações.

No terceiro capítulo, passou-se então à análise do sistema norte-americano, utilizado como base para as proposições do presente trabalho. Salientou-se, num primeiro momento, tratar-se de ordenamento jurídico influenciado pelas tradições da *common law* e, por tal razão, fulcrado no sistema adversarial. Viu-se que os elementos essenciais de tal sistema consistem: (i) na existência de um julgador neutro e passivo; (ii) no fato de que a gestão da prova está ao encargo das partes; e (iii) na presença de um ambiente forense altamente estruturado, do qual as *rules of evidence* fazem parte. Advertiu-se, todavia, quanto a esse ponto, a existência de críticas de parte da doutrina à categorização limitativa – e cega – dos sistemas entre “adversarial” e “não adversarial”, devendo servir essa apenas como um norte para o operador do direito, não podendo este descurar das peculiaridades de cada ordenamento. Com base nas proposições de Erwin Chemerinsky e Laurie Levenson, passou-se a expor, de forma resumida, o procedimento criminal dos EUA, salientando-se para a existência, naquele país, de um sistema federalista rígido que faz com que algumas questões sejam tratadas de forma diversa por cada membro da federação.

Com vistas a analisar a forma como o direito à prova defensiva vem sendo tratado naquele país, enveredou-se, então, em breve análise acerca do sistema de controle das garantias constitucionais previstas no *Bill of Rights* e, após discorrer-se sobre as diversas correntes relativas ao tema, apontou-se a doutrina da *selective incorporation* como a prevalente atualmente na Suprema Corte dos EUA. Tal teoria estabelece que determinadas previsões do referido instrumento constitucional são tão fundamentais que passam a compor o *due process of law* e, por isso, na forma da Décima Quarta Emenda da Constituição Federal norte-americana, devem ser respeitadas por todos os órgãos jurisdicionais do país.

Analisando-se os diversos posicionamentos da doutrina estadunidense acerca da natureza do direito do acusado de produzir prova em seu favor, ora ligando-o diretamente à ideia do *fair trial*, ora até mesmo à *confrontation clause*, concluiu-se, com base em Peter Westen, que o objeto da presente investigação se encontra mais bem retratado na *compulsory process clause*, elemento integrante do *due process of law*. Tal garantia, originada com o desenvolvimento e fortalecimento do direito de defesa na experiência jurisprudencial da *common law*, além de prevista expressamente na Sexta Emenda da Carta Magna norte-

americana, vem prescrita também em 48 Constituições Estaduais.

Delimitada, então, a importância do direito à prova defensiva no sistema constitucional norte-americano, desenvolveu-se breve histórico a respeito da criação das *Federal Rules of Evidence* (FRE), marco legislativo do direito probatório daquele país, cuja necessária observância por todas as cortes federais foi afirmada pela Suprema Corte. Ressaltou-se ainda que tal instrumento legal serviu de influência para a criação de normas similares em diversos estados componentes daquela federação. Asseverou-se que, segundo a doutrina e jurisprudência norte-americanas, as prescrições da FRE aplicam-se tanto em casos de julgamento pelo Júri quanto por magistrado singular (*bench trials*).

Empreendeu-se, então, estudo relativo às hipóteses de limitação do exercício à prova defensiva previstas nas FRE, ressaltando-se, todavia, o posicionamento da Suprema Corte norte-americana – principalmente após o julgamento *Brady v. Maryland* – acerca da necessidade de se possibilitar à defesa o acesso prévio a todas as provas e documentos de posse da acusação durante a fase do *pretrial discovery*, com vistas a se garantir o pleno exercício do seu direito probatório na fase de julgamento.

Acerca do critério da relevância probatória exigido para a admissão da prova requerida (FRE 401, 402), assentou-se a necessidade de sua análise com base no caso concreto, devendo-se perquirir, por meio do *relevancy test*: (i) se a prova requerida tornará um fato mais ou menos provável do que seria sem sua existência; (ii) se o fato que se pretende é importante ao julgamento da ação. Quanto ao primeiro ponto, viu-se que se exige uma mera tendência de que o elemento probatório a ser produzido pela defesa altere constatação acerca de determinada circunstância importante à tese aventada, não se necessitando que seja suficiente para fundamentar, por si só, um decreto absolutório. Quanto ao segundo ponto, revelou-se a necessidade de existência de relação entre a prova pretendida e o *thema probandum*, razão pela qual passou-se a investigar tal questão à luz do sistema norte-americano. Apontou-se, então, por meio de análise da jurisprudência estadunidense, que, tanto questões acerca do *actus reus* (referente à conduta, ao resultado e ao nexo causal) quanto relativas ao *mens rea* (ligado ao aspecto subjetivo da conduta) poderão ser objeto de prova pela defesa. Ademais, segundo Paul Robinson, devem ser igualmente incluídas no *thema probandum* todas as questões ligadas às teses apresentadas pela defesa que busquem demonstrar: (i) a deficiência probatória da tese acusatória; (ii) a ausência de violação do bem jurídico tutelado; (iii) as *justifications* (similares às nossas causas justificantes); (iv) as *excuses* (similares às nossas causas exculpantes); e (v) questões de políticas públicas não exculpatórias (v.g., prescrição). A prova que o acusado pretende produzir deve ser, portanto, minimamente apta a gerar a ele

algum benefício.

Ainda acerca da relevância probatória, analisou-se importante questão relativa à testemunha de caráter, que, em crimes capitais, deverá sempre ser admitida como prova a favor do acusado na fase de *sentencing*, em razão da possibilidade de se buscar comprovar circunstâncias que possam eventualmente influenciar na aplicação de pena mais branda ao condenado.

Asseverou-se, ainda, que, na forma da FRE 103, caso haja dúvida judicial acerca da relevância da prova, poderá ser exigida à defesa a apresentação da *offer of proof*, que deverá conter uma breve demonstração da prova que será produzida, bem como daquilo que se pretende comprovar com ela.

Viu-se, também que, mesmo sendo relevante, a prova poderá ser indeferida quando, após a realização do chamado *balancing test*, constatar-se a necessidade de se tutelar outros interesses importantes no processo. Nesse sentido, estudou-se a previsão da FRE 403 acerca da possibilidade de inadmissão da prova quando seu valor probatório for substancialmente inferior ao perigo de: (i) gerar preconceito injusto, ou confundir o órgão julgador, o que revela uma preocupação com a racionalidade do julgamento; (ii) causar demora indevida no procedimento, uma vez que pode vir a atingir o direito ao *speedy trial* da parte contrária; ou (iii) apresentar prova repetitiva desnecessariamente. Outra hipótese analisada de limitação do direito à prova defensiva relevante configurou-se na chamada *competency* da testemunha, ligada às suas capacidades física e mental de atestar fatos. Tal restrição alberga os chamados testemunhos não confiáveis (*v.g.*, parentes), bem como os *privileges*, estes consubstanciados em interesses públicos ou privados de sigilo (*v.g.*, segredo médico).

Salientou-se em todas essas hipóteses que se têm encontrado posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que apontam pela possibilidade de relativização das limitações probatórias quando estiver em xeque o direito à prova do acusado. São utilizados, nesses casos, como “fatores de ponderação”, dentre outras circunstâncias do caso concreto: (a) a existência de prova defensiva alternativa admissível; (b) o possível grau de confiabilidade da prova pleiteada, em comparação com as demais já requeridas; (c) o valor que a prova potencialmente agregará à tese defensiva, com base no número de inferências necessárias para comprovar aquilo que se pretende, bem como na força dessas inferências; e (d) a importância da questão que será comprovada, isto é, se trata-se de elemento central à imputação ou meramente subsidiário. Expôs-se, ainda, que eventual inadmissão ilegítima da prova exculpatória poderá ser revista pelas cortes superiores norte-americanas, exigindo-se, todavia, para tal, com base na regra da *materiality*, que a prova a ser produzida tenha a mínima aptidão

de alterar o resultado final do julgamento.

No quarto e último capítulo buscou-se, com base nas premissas apresentadas no Capítulo I, nas conclusões conceituais atingidas no Capítulo II e na experiência probatória dos EUA estudada no Capítulo III, propor uma reinterpretação das hipóteses de restrição à admissão da prova requerida pelo acusado, com fins a maximizar a produção probatória defensiva em nosso ordenamento processual penal.

Afastando-se a ideia de que seria legítimo relativizar o direito à prova do réu com base no simplista – e falacioso – fundamento de que interesses sociais deveriam sempre se sobrepor aos supostamente individuais interesses do réu, propôs-se a utilização da máxima da proporcionalidade (com base nos ensinamentos de Robert Alexy) para averiguar se a forma como vêm sendo aplicadas e interpretadas as regras restritivas à admissão da prova do acusado encontram validade nas garantias processuais previstas na nossa Constituição Federal, mormente, a da ampla defesa.

Apontou-se, em seguida, a necessidade de se atentar para possíveis incompatibilidades quando da importação de institutos típicos de outros sistemas, tais como o dos EUA. Asseverou-se, todavia, que, ainda que o ordenamento jurídico estadunidense insira-se em um contexto institucional diferente do nosso, com clara inspiração no modelo adversarial, os fatos de que o direito à prova do acusado apresenta igualmente fundamento constitucional naquele ordenamento, e de que as *Federal Rules of Evidence* podem ser aplicadas também a hipóteses de julgamento monocrático por magistrado, fazem com que se possa, com parcimônia, utilizar a longa e rica experiência da *law of evidence* daquele país como subsídio importante para a reinterpretação das hipóteses de restrição do direito à prova defensiva no Brasil.

Dessa forma, com base em todo o exposto, chegou-se às seguintes conclusões:

- (a) Quanto aos limites lógicos previstos no art. 400, § 1º, do CPP:
- A relevância *lato sensu* da prova, exigida pelo respectivo dispositivo, está ligada ao *thema probandum* no Processo Penal, sendo certo que as provas serão consideradas pertinentes sempre que se puder estabelecer uma relação direta entre o fato que se pretende comprovar e algum dos elementos do tema; elas serão relevantes *stricto sensu* quando tal relação for indireta, necessitando-se, assim, da utilização de inferências. Evita-se, desta forma, a produção de prova flagrantemente desnecessária e inútil ao processo;

- Deve-se adotar uma visão permissiva de tal restrição quando se tratar de prova exculpatória, exigindo-se somente que aquilo que se pretende comprovar gere algum benefício ao acusado, ainda que pequeno;
- Até mesmo questões de direito mais complexas podem ser comprovadas pelo acusado por meio da juntada de documentos ou da oitiva de especialistas. Ademais, a prova de caráter, caso vise comprovar circunstância que poderá ser considerada na dosimetria da pena, ou mesmo indiretamente atestar ser a personalidade do réu incompatível com a prática delitiva imputada, deverá ser admitida pelo magistrado, não podendo, como regra, ser substituída por declarações escritas, sob pena de se afetar sua carga probatória de forma desproporcional. Em sentido similar, sempre que demonstrado que conhecimentos técnicos específicos são necessários à comprovação de um dos elementos do *thema probandum*, não poderá ser afastado o requerimento de prova pericial pelo acusado, a ser realizado por perito oficial, idôneo, e equidistante das partes, por se tratar de garantia epistemológica prevista no art. 158 do CPP em crimes que deixem vestígios;
- Deve-se admitir, ainda, com vistas a se possibilitar uma melhor aplicação da referida regra de limitação probatória, a utilização, em nosso sistema, de procedimento similar ao *offer of proof* do direito norte-americano, possibilitando-se que, sempre que o magistrado vislumbrar eventual irrelevância probatória *lato sensu*, se exija que as partes, incluindo aí o acusado, prestem os esclarecimentos acerca da prova que pretendem produzir, explicitando sua ligação direta ou indireta com o *thema probandum*.

(b) Quanto aos limites epistemológicos:

- Em regra, a confiabilidade da prova exculpatória deverá ser analisada pelo magistrado quando do momento da valoração, não de sua admissão. Desta forma, as restrições probatórias previstas nos arts. 155, parágrafo único, 206, e 207 do CPP poderão ser relativizadas em prol do pleno exercício do direito à admissão da prova defensiva;

- A prática forense de oitiva de testemunhas sob a alcunha de *informantes* deve ser imediatamente afastada, seja porque não prevista expressamente em lei, seja porque, como visto, a capacidade probatória de um testemunho relevante *lato sensu* não poderá ser arbitrada precisamente antes de sua produção;
- A possibilidade de se exigir, em favor da defesa, o depoimento de profissionais cuja proibição probatória se encontra prevista no art. 207 do CPP evidencia-se na medida em que as informações sigilosas por eles resguardadas inserem-se, em razão do interesse do acusado, no segundo grau de proteção à privacidade do detentor originário do segredo, admitindo-se sua ponderação com o princípio da ampla defesa. Trata-se, todavia, de hipótese excepcional, obrigando-se, então, a demonstração de inexistência de alternativa probatória, bem como a considerável importância de sua produção, determinando-se, ainda, o sigilo do procedimento probatório.
- Até mesmo a garantia à não autoincriminação da testemunha poderá ser afastada em favor da produção de prova exculpatória, desde que se respeitem os mesmos requisitos apontados no ponto anterior para a produção do testemunho, bem como se impeça que suas declarações sejam utilizadas posteriormente pela acusação em seu desfavor.

(c) Quanto aos limites sistêmicos:

- A prova deverá ser considerada protelatória, na forma do parágrafo 1º do art. 400 do CPP, somente quando caracterizada a má-fé do acusado, ou seja, o abuso de seu direito de provar, que restará demonstrado por meio da absoluta desnecessidade da prova, uma vez que, em que pese sua relevância *lato sensu*, idêntico resultado probatório poderia ser obtido por outros meios mais céleres e menos onerosos. Não se revela legítimo, portanto, o indeferimento do pleito probatório do réu com base na demora natural advinda da produção de determinado meio de prova. De *lege ferenda*, propôs-se a criação de dispositivo que determine a suspensão do prazo prescricional caso a prova requerida pelo acusado demore mais de 90 (noventa) dias a ser produzida;

- As hipóteses de inadmissão de prova superabundante, verificadas em previsões legais relativas ao número de testemunhas que poderão ser requeridas pelas partes na fase processual, devem ser reinterpretadas sempre que se tratar de prova exculpatória, em razão da evidente importância da corroboração probatória para o acusado. Assim, o limite legal previsto em tais dispositivos revela-se como um número mínimo de testemunhas que, uma vez arroladas pelo réu, e relacionadas ao *thema probandum*, serão obrigatoriamente ouvidas pelo magistrado. Caso haja necessidade de produção probatória complementar, esta poderá ser deferida pelo magistrado, em análise detida do caso concreto;
- O requerimento de prova, como regra, deve ser realizado na fase inicial do processo. Todavia, em razão da possibilidade de relativização das preclusões em favor do acusado, sem se descuidar da duração razoável do processo, a prova exculpatória extemporânea deverá ser admitida, para além da previsão do art. 451 do CPC/15, quando se descobrir prova nova, ainda que constituenda, após o prazo legal para seu requerimento, mesmo que configurada desídia do réu, hipótese esta em que se poderá sancioná-lo na forma dos arts. 77, inc. IV e §§ 2º e 5º do CPC/15, e 3º do CPP. Todavia, quando verificada, e demonstrada, má-fé no requerimento probatório extemporâneo, vez que realizado com o único fim de gerar desordem processual, o pleito do acusado deverá ser indeferido.

Por fim, com base na ideia de que o magistrado de primeira instância não se revela como único destinatário da prova, asseverou-se a necessidade de que tais critérios de interpretação das hipóteses de limitação da prova requerida pelo acusado sejam objeto de controle por nossas cortes superiores, garantindo-se, assim, o efetivo respeito ao direito fundamental do acusado de se defender provando, objetivo primordial deste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Rossano. **L'ammissione della prova in dibattimento**. Torino: Giappichelli, 2012.
- ALBANO, Alessandro. **I poteri istruttori del giudice penale**. Padova: Cedam, 2003.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso (Trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional". Luis Afonso Heck (Trad.). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul.-set. 1999.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdés (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. "Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade". Luís Afonso Heck (Trad.). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 334-44, out.-dez. 2005.
- ALVES, Fábio Wellington Ataíde. "O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória". **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró. v. 7, n. 3, p. 83-100, jul.-dez. 2007.
- ALVIM, Arruda. **Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, v. 2.
- AMAR, Akhil Reed. "Foreword: Sixth Amendment First Principles". **Georgetown Law Journal**, Washington DC, n. 84, p. 641-712, 1996.
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.
- _____. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Ed. Almedina, 2014.
- AMODIO, Ennio. "Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penal italiano: miti e realtà della giustizia americana". In: _____; BASSIOUNI, M. Cheriff (Orgs.). **Il processo penale negli Stati Uniti d'America**. Milão: Giuffrè, 1988.
- _____. "L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi anglo-americana e le scelte del legislatore italiano". In: STONE, M. **La cross-examination: strategie e tecniche**. Milão: Giuffrè, 1990.

- _____. **Processo penale, diritto europeo e common law**. Milão: Giuffrè, 2003.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.
- ANDRIOLI, Virgilio. “Preclusione (diritto processuale civile)”. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Orgs.). **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1974, v. 13.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BATISTA, Weber Martins. “A prescrição no novo Código Penal”. In: BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.
- BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milão: Giuffrè Editore, 1973.
- BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. “Provas atípicas e prova anômalas: Inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações de quem poderia ser testemunha”. In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, p. 341-52, 2005.
- _____. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. “Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância”. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (Coords.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 219-60, 2016.
- _____. “Editorial dossiê: ‘Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos’”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- BARGI, Alfredo. **Procedimento probatorio e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990.
- _____. “Cultura del processo e concezione della prova”. In: GATTO, A. (diretto da). **La prova penale: Il sistema della prova**. Torino: UTET, 2008, v. 1.

BARROS, Flaviane de Magalhães. “A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da verdade no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. “A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 213, p. 149-63, jul.-set. 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O trifunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BASSI, Alessandra. “Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 1370 e ss, Milano: Giuffrè, 1993.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e Gestão da Prova: a questão da iniciativa instrutória do Juiz em face do Sistema acusatório e da natureza da ação penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014.

BATISTA, Weber Martins. “A prescrição no novo Código Penal”. In: BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

BEARD, Charles Austin. **The Supreme Court and the Constitution**. New York: Macmillian, 1912.

BECKER, Edward R.; ORENSTEIN, Aviva A. “The Federal Rules of Evidence after Sixteen Years – The Effect of ‘Plain Meaning’ Jurisprudence, the Need for an Advisory Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules”. **George Washington Law Review**, n. 60, p. 857-914, 1992.

BECKER, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach.” **Journal of Political Economy**, v. 76, p. 169-217, 1968

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do direito material sobre

o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoria de la prueba cuasibenthamiana”. In: VÁSQUEZ, Carmen (Ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BERGMAN, Barbara E.; HOLLANDER, Nancy. **Wharton’s Criminal Evidence**. St. Paul: West Group, 1997.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Manuel da Costa Andrade (Trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BIANCHI, Giuseppe. **L’ammissione della prova nel dibattimento penale. Analisi dell’attività argomentativa delle parti**. Milão: Giuffrè, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/00). 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, v. 5.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1893, v. 4.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

BORGES FILHO, Adolfo. “A vaidade e as formas jurídicas. Limites éticos ao princípio da ampla defesa”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 13, jan.-jul. 2001.

BÜLOW, Oscar. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Miguel Angel Rosas Lichtschein (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BRENNAN, William J. “The Criminal Prosecution, Sporting Event or the Quest for the Truth?”. **Washington University Law Quarterly**, n. 68, p. 279-96, 1963.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAETANO DIAS, Fernando Gardinali. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.

- CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: CEDAM, 1954.
- _____. “Verità e verossimiglianza nel processo civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 10, n. 3, p. 164-92, Padova: CEDAM, 1955.
- CALLEN, Craig R. “Human Deliberation in Fact-Finding and Human Rights in the Law of Evidence”. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill (Orgs.). **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**. Portland: Hart Publishing, p. 309-26, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999, v. 1.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, Coimbra, 1993.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Ellen Gracie Northfleet (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- _____. **The Judicial Process in Comparative Perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- CAPRIOLI, Francesco. “La scienza ‘cattiva maestra’: le insidie della prova scientifica nel processo penale”. **Cassazione Penale**, p. 3520-38, Milano: Giuffrè, 2008.
- CARBONE, Amato. **Archiviazione, non luogo a procedere e sentenza non definitiva sotto a lente del principio di preclusione**. Tese de Doutoramento em Direito Público apresentada à Università Degli Studi di Roma “Tor Vergata”, 2008/2009.
- CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Lêda Boechat Rodrigues (Trad.). Porto Alegre: AGE, 1978.
- CARLSON, Ronald L. et al. **Evidence: teaching Materials for an age of science and statutes**. 7th ed. New Providence: Matthew Bender, 2013.
- CARMIGNANI, Giovanni. **Teoria delle leggi della sicurezza sociale**. Pisa: Fratelli Nistri, 1832, t. 4.

- _____. **Elementi del diritto criminale**. Napoli: Dallo Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Santiago Sentís Melendo e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Trad.). Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944, v. 1.
- _____. **La prova civile**. 2^a ed. Roma: Edizione dell'Ateneo, 1947.
- _____. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Rousssel Editores, 2013.
- CARULLI, Nicola. **Il diritto di difesa dell'imputato**. Napoli: Jovene, 1967.
- CARVALHO, Luis Gustavo G. Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- CARY, Robert M.; SINGER, Craig D.; LATCOVICH, Simon A. **Federal Criminal Discovery**. ABA Publishing, 2011.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.
- CATALANO, Elena Maria. "L'accertamento dei fatti processual". **Indice penale**, n. 2, p. 521-70, 2002.
- _____. **L'abuso del processo**. Milão: Giuffrè, 2004.
- CARVALHO, Jeferson Moreira. "Sigilo médico". **Revista dos Tribunais**, n. 722, p. 594-7, dez. 1995.
- CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure**. 1st ed. Aspen Publishers: New York, 2008.
- CHIARLONI, Sergio. "Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile". **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, p. 864-75, Milano: Giuffrè, 1986.
- CHIAVARO, Massimo. "Considerazioni sul diritto di prova nel processo penale". **Cassazione Penale**, p. 2009-23, Milano: Giuffrè, 1996.
- CHIAVARO, Mario; DELMAS-MARTY, Mireille et al. **Procedura penali d'Europa**. 2^a ed. Padova: Cedam, 2001, p. 657.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2^a ed. Napoli: Jovene, 1935, v. 1.
- _____. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2^a ed. Napoli: Jovene, 1936, v. 2.
- _____. "Cosa giudicata e preclusione". In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, p. 231-83, 1993, v. 3.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Ed. Método, 2001.

_____. **Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo.** 25ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

CLINTON, Robert N. "The Right to Present a Defense: An Emergent Constitutional Guarantee in Criminal Trials". **Indiana Law Review**, n. 9, p. 711-858, 1976.

COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable.** Oxford: Clarendon Press, 1977.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile.** Padova: CEDAM, 1970.

_____. "Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale". **Rivista di diritto processuale**, v. 31, n. 1, p. 41-75, Padova: CEDAM, 1976.

_____. "Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p." **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 33, p. 113-47, Milano: Giuffrè, 1990.

CONTI, Carlotta. **La preclusione nel processo penale.** Milano: Giuffrè, 2013.

COOK, Joseph G. **Constitutional Rights of the Accused.** 3rd ed. Clark Boardman Callaghan: New York, NY, 1996.

CORBI, Fabrizio. **La disciplina della ammissione della prova nel processo penale.** Milano: Giuffrè, 1975.

CORD, Robert L. "Neo-incorporation: The Burger Court and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment". **Fordham Law Review**, v. 44, n. 2, 1975.

CORDERO, Franco. "Il procedimento probatorio". In: CORDERO, Franco. **Tre studi sulle prove penali.** Milano: Giuffrè, 1963.

_____. **Procedura penale.** 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Garantismo à brasileira: uma análise crítica à luz da aplicação do princípio da insignificância.** **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 165-87, set.-dez. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá, 1998.

_____. "A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade". In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191-6.

_____; CARVALHO, Edward Rocha de. "Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?" **Revista de Estudos Criminais**, n. 11, Porto Alegre, p. 23-4, 2003.

- COUTINHO, Léo Meyer. **Código de ética médica comentado**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ª ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- _____. “Prueba en segunda instancia”. In: COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1978, t. 3.
- CRUZ, Luiz M. **Estúdios sobre el neoconstitucionalismo**. Mexico: Porrúa, 2006.
- DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1999.
- DALLAGNOL, Deltan Marinazzo. **A lógica das provas no processo: prova dirta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DAMAŠKA, Mirjan. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 121, p. 506-89, 1973.
- _____. **The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- _____. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.
- _____. “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”. **American Journal of Comparative Law**, v. 45, p. 839-52, 1997.
- _____. **Il diritto delle prove alla deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- DENTI, Vittorio. **L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei**. Processo civile e giustizia sociale. Bologna: Edizioni di Comunità, 1971.
- _____. “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 27, n.3, p. 414-437, Padova: CEDAM, 1972.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Ed. Millennium Editora, 2008.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DOMINIONI, Oreste. “In tema di nuova prova scientifica”. **Diritto Penale e Processo**, v. 9, 2001, p. 1062 e ss.

_____. “Le prove”. In: PISANI, Mario et al. **Manuale di procedura penale**. 8ª ed. Bologna: Monduzzi, 2008.

DRESSLER, Joshua. “Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature”. **Wayne Law Review**, n. 33, p. 1155-76, 1987.

_____; GARVEY, Stephen P. **Cases and Materials on Criminal Law**. 6th ed. St. Paul: West, 2012.

_____; MICHAELS, Alan C. **Understanding Criminal Procedure: Investigation**. Matthew Bender: Newark, 2006, v. 1.

DRIPPS, Donald A. “Relevant but Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial and the Right to Put on a Defense”. **Southern California Law Review**, n. 69, p. 1389-426, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECHANDÍA, Hernando Devís. **Teoria general de la prueba judicial**. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, t. 1.

ESER, Albin. “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminality Protected Legal Interests”. **Duquesne University Law Review**, n. 4, p. 345-418, 1965.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5ª ed. Padova: Cedam, 1989.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Fundamentos de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Euros, 2012.

_____. **La duda em el Proceso Penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Ed. Revista

dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-56, 2012.

_____. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico**. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

FERRI, Enrico. **Discorsi parlamentari sul nuovo codice penale**. Napoli, 1889.

_____. **Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Paolo Capitanio (Trad.). 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FERRUA, Paolo. “La testimonianza nell’evoluzione del processo penale italiano”. In: _____. **Studi sul processo penale**. Torino: Giappichelli, 1992, v. 2.

_____. “Garanzie de giusto processo e riforma costituzionale”. **Critica del diritto**, n. 2/3, 1998.

_____. “Nel segno del ‘giusto processo’: una seconda onda ‘attuativa’ dell’art. 111 Cost.?” In: DI CHIARA, Giuseppe (a cura di). **Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi**. Torino: Giappichelli, p. 234-366, 2003.

_____. “Il giudizio penale: fato e valore giuridico”. In: _____. **La prova nel dibattimento penale**. 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2007.

_____. **Il giusto processo**. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 out. 2017.

FISCHER, Douglas. “Garantismo penal integral (e não garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

_____. “O que é garantismo penal (integral)?”. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 25-50, 2010.

_____; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público:**

comentários à resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FLORIAN, Eugenio. **Delle prove penali**. Milano: Vallardi, 1921, v. 1.

_____. **Principi di diritto processuale penale**. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1932.

_____. **Elementos de derecho procesal penal**. Barcelona: Bosch Editorial, 1993.

FRANK, J. **Courts on Trial**. Mass: Atheneum Reprint, 1963.

FURGIUELE, Alfonso. **La prova nel processo penale**. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova. Torino: Giappichelli, 2007.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

GARDELLA, Luis Luciano. “Abuso procesal em materia probatória”. In: RAMBALDO, Juan Alberto. **Abuso procesal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

_____. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba”. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho**, Madrid, n. 28, p. 127-39, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

GIANFROTTA, Francesco. “Art. 220”. In: CHIAVARIO, Mario. **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, p. 571 e ss, v. 2.

GIANNITI, Pasquale. **La valutazione della prova penale**. Torino: UTET, 2005.

GIOSTRA, Glauco. “Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale”. **Enciclopedia Giuridica**, v. 10, p. 1-13. Roma: Trecanni, 2002.

GIULIANI, Alessandro. “Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 16, Milano: Giuffrè, 1962.

_____. “Prova (filosofia del diritto)”. **Enciclopedia del diritto**, v. 37, Milano: Giuffrè, 1988.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2ª ed. Salvador: JusPodivum, 2015.

GOLD, Victor J. “Federal Rule of Evidence 403: Observations on the Nature of Unfairly Prejudicial Evidence”. **Washington Law Review**, n. 58, p. 497-536, 1983.

GOLDFARB, Ronald. “The History of the Contempt Power”. **Washington University Law Review**, v. 1, p. 1-29, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Leonardo Prieto Castro (Trad.).

Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Labor, 1936.

GOLDSTEIN, Abraham. "The State and the Accused: Balance of Advantage". **Yale Law Journal**, n. 69, p. 1149-200, 1960.

GOLDWASSER, Katherine. "Vindicating the Right to Trial by Jury and the Requirement of Proof beyond a Reasonable Doubt: A Critique of the Conventional Wisdom about Excluding Defense Evidence." **Georgetown Law Journal**, n. 86, p. 621-646, 1998.

GOMES, Décio Luiz Alonso. **(Des)Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007

_____. **Prova e imediação no Processo Penal**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. "Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção da inocência". **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. "Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 810, p. 458-71, abr. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Procedimento Sumaríssimo e Direito à Prova". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 35, p. 11, nov. 1995.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)". In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____; BADARÓ, Gustavo. "Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar.-abr. 2007.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios de processo penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Fórum, 2008.

GÖSSEL, Karl-Heinz. "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha". Manuel da Costa Andrade (Trad.). **Revista Portuguesa de ciência criminal**, Lisboa: Aequitas, ano 2, fasc. 3, jul.-set. 1992.

GRANDE, Elisabetta. "Rumba justice and the Spanish jury trial". In: ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. (Orgs.). **Comparative Criminal Procedure**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 365-95.

GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n. 4/5, p. 213-69, 2003-2004.

_____. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, p. 369-406, 2006.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

_____. **Instituições de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2.

_____. Limitações probatórias no processo civil. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 4, p. 4-28, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2.

_____. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GREEN, Bruce A. “Hare and Hounds: The Fugitive Defendant’s Constitutional Right to be Pursued”. **Brooklyn Law Review**, n. 56, p. 439-510, 1990.

GREVI, Vittorio. “Libro III – Prove”. In: CONSO, G.; GREVI, V. (a cura di). **Profili del nuovo codice di procedura penale**. 3ª ed. Padova, Cedam, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Conteúdo da garantia do contraditório”. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. “As provas ilícitas na Constituição”. In: _____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. “O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois”. In: _____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. “Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano III, n. 16, mar.-abr., 2002.

_____. **As nulidades no processo penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. “As garantias constitucionais do processo penal na América Latina”. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 1-12.

_____. et al. **Juizados Especiais Criminal**. Comentários à Lei 9.099, de 26.9.95. São Paulo: RT, 1995.

GUARNERI, Giuseppe. “Preclusione (diritto processuale penale)”. In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (Orgs.) **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, p. 570-76, 1974, v. 13.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3ª ed., Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, v. 1.

_____. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981.

- GUÉNYVEAU, Arnault de. **Du quase-contrat judiciaire**. Paris: Poitiers, 1859.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, p. 196-209, maio 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a ‘Discourse Theory of Law and Democracy’**. William Rehg (Trad.). MIT Press, 1998.
- HAACK, Susan. **Evidence and Inquiry**. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology. New York: Prometheus Books, 2009.
- _____. **Evidence Matters, Science, Proof, and Truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HALE, Matthew. **History and Analysis of the Common Law of England**. Stafford: J Nutt, 1713.
- HARMER, David. “Delay, Lost Evidence and Fair Trial”. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill (Orgs.). **Criminal Evidence and Human Rights: reimagining common law procedural traditions**. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 215-38.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero (Trad.). Barcelona: Bosch, 1984.
- _____. “Crisis y características del moderno derecho penal”. **Actualidad Penal**. Madrid, n. 43, p. 22, 1993.
- _____. “Sobre el Ejercicio Abusivo de los Derechos”. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.). **El Penalista Liberal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- HEIDERSCHEIDT, John W. “Taylor v. Illinois: The New and Not-So-New Approach to Defense Witness Preclusion Sanctions for Criminal Discovery Rule Violations”. **Georgia Law Review**, n. 23, p. 479-508, 1989.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HILL, Alfred. “Testimonial Privilege and Fair Trial”. **Columbia Law Review**, n. 80, p. 1174-96, 1980.
- HOEFFEL, Janet C. “The Sixth Amendment’s Lost Clause: Unearthing Compulsory Process”. **Wisconsin Law Review**, n. 2002, p. 1275-362, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro. “Processo di parti e poteri probatori del giudice”. **Cassazione Penale**, p. 286-288, Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. “Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno”.

In: MARAFIOTI, Luca; COCO, Rosita del. (a cura di). **Il principio di preclusione nel processo penale**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 1-9.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione di innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979.

_____. "Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale". In: FERRUA, Paolo et al. **La prova nel dibattimento penale**. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 73-165.

IMWINKELRIED, Edward J. "The Meaning of Probative Value and Prejudice in Federal Rule of Evidence 403: Can Rule 403 Be Used to Resurrect the Common Law of Evidence?". **Vanderbilt Law Review**, n. 41, p. 879-908, 1988.

_____.; BLINKA, Daniel D. **Criminal Evidentiary Foundations**. 2nd ed. Newark: LexisNexis, 2007.

_____.; GARLAND, Norman M. **Exculpatory Evidence: The Accused's Constitutional Right to Introduce Favorable Evidence**. New Providence: LexisNexis, 2015.

ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos fatos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1992.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2017.

ISRAEL, Jerold H. "Criminal Procedure, the Burger Court, and the Legacy of the Warren Court". In: **Police Practices and the Law**. Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 1982.

_____.; Lafave, Wayne R. **Criminal Procedure: constitutional limitations in a nutshell**. St. Paul: West Academic Publishing, 2014.

JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation on criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions**. New York: Cambridge University Press, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. "O ônus da prova na ação penal condenatória". In: **Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

_____. "Reflexão teórica sobre o processo penal". In: **Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

_____. "O direito de defesa no processo penal e a renúncia ao recurso". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 7, jan.-jun. 1998.

JIMENO-BULNES, Mar. "American Criminal Procedure in a European Context". **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, n. 21, p. 409-59, 2012-2013.

JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

- JOSEPH, Gregory P. N. “Speedy Trial Rights in Application”. **Fordham Law Review**, n. 48, p. 611-56, 1980.
- KADISH, Sanford H. “Methodology and Criteria in Due Process Adjudication – A Survey and Criticism”. **Yale Law Journal**, v. 66, n. 3, 1957.
- KAPLAN, John; WALTZ, Jon R. **Basic Materials on Criminal Evidence**. Mineola: The Foundation Press Inc., 1980.
- KEYNES, John Maynard. **A Treatise on Probability**. London: MacMillan, 1921.
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2016.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KURLAND, Adam H. “Providing a Federal Criminal Defendant with a Unilateral Right to a Bench Trial: A Renewed Call to Amend Federal Rule of Criminal Procedure 23(a)”. **U. C. Davis Law Review**, n. 26, p. 309-66, 1993.
- LAFAVE, Wayne R. et al. **Criminal Procedure**. 4th ed. Thomson Reuters, 2015, v. 5.
_____. **Criminal Procedure**. 4th ed. Thomson Reuters, 2015, v. 6.
- LAFRANCE, Arthur B.; LOEWY, Arnold H. **Criminal Procedure: trial and sentencing**. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1994.
- LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- _____; POZATTI, Fabrício Costa. “O juiz como único destinatário da prova (?)”. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Orgs.). **Direito probatório**. 3ª ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 97-112.
- LENT, Friedrich. “Obblighi e oneri nel processo civile”. Marco de Stefano (Trad.). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. 9, n. 1, p. 150-8, 1954.
- LEMPERT, Richard O. et al. **A Modern Approach to Evidence: text, problems, transcripts and cases**. St. Paul, Minnesota: West, 2011.
- LENARTO, André. **Garantismo à brasileira**. Disponível em: <<https://reservadejustica.wordpress.com/tag/garantismo-a-brasileira/>>. Acesso em: 30 mar. 2010.
- LEÃO, Nilzardo Carneito. **Princípios do processo penal**. Recife: Imprensa Universitária, 1960.
- LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**. Napoli: Ed. Jovene, 1961.
- LEWIS, D. Craig. “Proof and Prejudice: A Constitutional Challenge to the Treatment of

- Prejudicial Evidence in Federal Criminal Cases”. **Washington Law Review**, n. 64, p. 289-364, 1989.
- LIEBERMAN, Joel D.; ARNDT, Jamie. “Understanding the Limits of Limiting Instructions: Social Psychological Explanations for the Failure of Instructions Disregard Pretrial Publicity and Other Inadmissible Evidence”. **Psychology, Public Policy, and Law**, n. 6, p. 677-711, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1974, v. 2.
- LILLY, Graham C. **An Introduction to the Law of Evidence**. St. Paul: West Publishing Co., 1978.
- LIMA, Macellus Polastri. **A prova penal – de acordo com a reforma processual penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.
- _____. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.
- LIMA, Patrícia Carla de Deus. “O Abuso do Direito de Defesa no Processo Civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 122, p. 93-129, abr. 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Ed. Impetus, 2013.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.
- _____; BADARÓ, Gustavo. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LORUSSO, Sergio, “La prova scientifica”. In: GAITO, Alfredo. **La prova penale**. Torino: UTET, 2008, v. 1, p. 295 e ss.
- LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do Direito Penal Adjetivo e do Direito Penal Executivo**. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1969.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MADURO, Flávio Mirza. **Prova Pericial: em busca de um novo paradigma**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda., 2016.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. “O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista”. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 1, p. 202-23, 1998.
- MAGGIORE, Giuseppe. “Correnti filosofiche e riforme penali”. In: **Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari**. Napoli: Jovene, 1938.
- MAHER, Gerry. “Natural Justice as Fairness”. In: MCCORMICK, Neil; BIRKS, Peter (Eds.). **The Legal Mind: Essays for Tony Honoré**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 103 e

120.

MAHONEY, Mark J. “The Right to Present a Defense”. **Superstar Trial Seminar**, p. 82, 2016. Disponível em:

<<https://www.harringtonmahoney.com/content/Publications/MahoneyRighttoPresentaDefense201701.pdf>>; Acesso em: 20 out. 2018.

MAIER, Julio B. J. **La ordenanza Procesal Penal Alemana**: su comentário y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos. Buenos Aires: Depalma, 1978, v. 1.

_____. **Derecho procesal penal**. Parte general. Sujetos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, t. 2.

_____. **Derecho procesal penal**. Parte general. Actos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, t. 3.

MAIWALD, Manfred. “Prova e giudizio: la normativa in matéria del Codice Tipo per l’America Latina: una prospettiva tedesca”. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (a cura di). **‘Codice Tipo’ di procedura penale per l’America Latina**. Padova: CEDAM, 1994.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

_____. “Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941)”. In: MALAN, Diogo Rudge; SULLOCK, Victoria-Amália; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Autoritarismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MALATESTA, Nicola F. Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MANZINI, Vincenzo. **Trattado di diritto processuale penale italiano**. 6ª ed. G. Conso e G. D. Pisapia (Agg.). Torino: Torinese, 1967-1972, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 2004

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso da Processo Penal**. 3ª ed. e atual. Lisboa: Ed. Verbo, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 2.

_____. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Ed. Bookseller, 1998, v. 1.

- _____. **Elementos de direito processual penal**. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Ed. Bookseller, 1998, v. 2.
- _____. **Elementos de direito processual penal**. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Ed. Bookseller, 1998, v. 3.
- MARTIN, Michael M. “Inherent Judicial Power: Flexibility Congress Did not Write into the Federal Rules of Evidence”. **Texas Law Review**, n. 57, p. 167-202, 1978-1979.
- _____.; CAPRA, David J. **Federal Rules of Evidence Manual**. 9th ed. New Providence: Lexis Law Publishing, 2006.
- MASSARI, Eduardo. **Il processo penale nella nuova legislazione italiana**. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934.
- MAURINO, Alberto Luis. **Abuso del derecho en el proceso**. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MCCORMICK, Charles Tilford. **McCormick on Evidence**. 5th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1999.
- MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**. Crucial Rights and Their Theory and Practice. 2nd ed. Cambridge: Intersentia, 2016.
- MENDONÇA, Andrey Borges. “A Reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral”. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 171-192, 2010.
- MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENGLER, Thomas M. “The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence”. **Iowa Law Review**, n. 74, p. 413-66, 1989.
- MERRIT, Deborah Jones; SIMMONS, Ric. **Learning Evidence: from the federal rules to the courtroom**. 2nd ed. West: St. Paul, 2012.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A causa petendi nas ações reivindicatórias”. **Revista Brasileira de Direito Processual Civil**, v. 6, 1967.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 1.

- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. 2ª ed. Madrid: Revista de Legislacion, 1857.
- MIUCCI, Concetta. **La testimonianza tecnica nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2011.
- MOORE, Michael. “Criminal Discovery”. **Hastings Law Journal**, n. 19, p. 865-918, 1968.
- _____. “Responsability and the Unconscious”. **Southern California Law Review**, n. 53, p. 1563-624, 1980.
- MONTERO AROCA, Juan. **Em torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional**. Estudios de derecho procesal. Barcelona: Bosch, 1981.
- _____. **La prueba em el processo civil**. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. “A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção”. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 5, p. 43-68, 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Processo civil e direito à preservação da intimidade”. In: _____. **Temas de direito processual**. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. “Alguns problemas atuais da prova civil”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “A constituição e as provas ilicitamente obtidas”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, p. 11-22, jul.-set. 1996.
- _____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 87-104, out.-dez. 1998.
- _____. “O futuro da Justiça: alguns mitos”. In: _____. **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORGAN, Eddie. “Practical Difficulties Impending Reform in the Law of Evidence”. **Vanderbilt Law Review**, n. 14, p. 725, 1961.
- MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- MORON PALOMINO, Manuel. “O processo Justo”. In: **Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 77 (*apud* GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 369-406).

- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. “Defesa penal: direito ou garantia”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 110-25, 1993.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Federal Evidence**. 2nd ed. Rochester: Lawyers Cooperative Publishing, 1994, v. 1.
- _____. **Evidence**. Boston: Little, Brown, 1995.
- NAGAREDA, Richard A. “Reconceiving the Right to Present Witnesses”. **Michigan Law Review**, n. 97, p.1063-151, 1999.
- NAPPI, Aniello. **Guida al codice di procedura penale**. 7^a ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5^a ed. São Paulo: RT, 1999.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento**. Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. “Art 190 – diritto ala prova”. In: CHIAVARIO, Mario (Org.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2.
- _____. “Commento all’art. 187”. In: CHIAVARIO, M. (Coord.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2.
- _____. “Il diritto alle prove ed un rinnovato concetto di prova”. In: CHIAVARIO, Mario (Coord.). **Commento al nuovo codice di procedura penale**. Torino: UTET, 1990, v. 2, p. 402.
- NOKES, G. D. “The English jury and the law of evidence”. **Tulane Law Review**, n. 31, p. 153-72, 1956.
- NORTON, Jerry E. “Discovery in the Criminal Process”. **Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, n. 61, p. 11-38, 1970.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- OLARRA, Guilherme Alonso. **Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Madrid: Dykinson, 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Ed.

Saraiva, 2003, p. 170.

ORLANDI, Renzo. “L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano: Giuffrè, v. 41, p. 452-508, 1998.

_____. “Principio di preclusione e processo penale”. **Processo penale e giustizia**, Roma, n. 5, p. 1-11, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

PANAGIA, Salvatore. “Il diritto alla prova della difesa fra norme penali e codice di rito”. **Rivista italiana diritto e procedura penale**, v. 31, p. 1249-57, Milano: Giuffrè, 1991.

PANNAIN, Remo. **Le sanzioni degli atti processuali penali: nulità, preclusioni, decadenze, inammissibilità**. Parte I – dottrina. Napoli: Jovene, 1933.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado Democrático del Derecho**. Buenos Aires: Konrad-Adeneuer-Stiftung-Ad Hoc, 2002.

PATTI, Salvatore. **Le prove**. Parte Generale. Milano: Giuffrè, 2010.

PAULESU, Pier Paolo. “Voce Presunzione di non colpevolezza”. **Digesto Penale**, v. 9, 1995.

_____. **Giudice e parti nella ‘dialettica’ della prova testimoniale**. Torino: Giappichelli, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **La interpretación jurídica**. H. Petzold-Pernía (Trad.). Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1974.

PERONI, Francesco. “Sull’onere di allegazione di cui all’art. 468 comma 1 c.p.p.”. **Cassazione Penale**, p. 1155-7, Milano: Giuffrè, 1993.

PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. “Da preclusão no direito processual penal”. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 28, p. 49-66, abr.-jun./1982.

PICARDI, Nicola. **Appunti di Diritto Processuale Civile**. Il Processo Ordinario di Cognizione. Le Impugnazioni. Milano: Giuffrè, 2003.

PICO Y JUNOI, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1996.

PIMENTA, José da. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, s/d.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. “Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988”. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 2ª ed. Nápoles: Jovene, 1996.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

PORFIRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. “Celeridade do Processo, Indisponibilidade da Liberdade no Processo Penal e Prescrição Retroativa”. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, n. 45. São Paulo, p. 115-33, 2003.

POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAFARACI, Tommaso. **La prova contraria**. Torino: Giappichelli, 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Vitor de Paula. “O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas”. In: DIDIER JR, Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Orgs.). **Direito probatório**. 3ª ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodivm, p. 121-40, 2018.

RANGEL, Paulo. “O Processo Penal como instrumento de garantia: o juiz político”. **Revista Justiça & Cidadania**, n. 146. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

REEVES, Barbara A. “Notes, A Re-examination of Defense Witness Immunity: A new use for Kastigar”. **Harvard Journal on Legislation**, n. 10, p. 74-98, 1972.

RICCI, Gian Franco. “Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica”. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 54, p. 1150-62, Milano: Giuffrè, 2000.

RICCIO, Stefano. **La preclusione processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1951.

RIVELLO, Pier Paolo. **Il dibattito nel processo penale**. Torino: UTET, 1997.

ROBERTO, Welton. **Paridades de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. “Introduction – The Human Rights Revolution in Criminal

Evidence and Procedure”. In: _____.; _____. (Orgs.). **Criminal Evidence and Human Rights** – Reimagining Common Law Procedural Traditions. Oxford and Portland: Hart Publishing, p. 1-23, 2012.

ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROBINSON, Paul H. “Criminal law defenses: a systematic analysis”. **Columbia Law Review**, n. 82, p. 199-291, 1982.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. “Se la pubblicità dei giudizi criminali covenga alla monarchia”. In: **Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico**. Milano: G. Silvestri, 1837.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. “Introduction: mapping dialogue and change in comparative criminal procedure”. In: _____.; _____. (Orgs.). **Comparative Criminal Procedure**. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, p. 3-32, 2016.

RUTGER, Susan. “Not Guilty by Reason of Victimization”. **CACJ Forum**, n. 20, p. 36-42, Dec. 1993.

SAKS, Michael J.; KIDD, R. F. “Human information processing and adjudication: Trial by heuristics”. **Law & Society Review**, n. 15, p. 123-60, 1980.

SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. **American Criminal Procedure: cases and commentary**. 5th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

_____.; _____.; MARTIN, Michael M. **Federal Rules of Evidence Manual**. New Providence: Lexis Law Publishing. 9th ed. 2006.

_____.; SCHLUETER, David A. **Federal Criminal Procedure Litigation Manual**. Huntington: Juris Publishing, Ins., 2011.

SANCHES, Sydney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 13, 1979.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 3.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 4^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1.

_____. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 4^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 3.

SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Ed; Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na**

- Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- _____. “Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de Direitos Humanos: Notas em torno dos §§ 1º e 3º, do art. 5º da Constituição de 1988”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SCHULHOFER, Stephen. “Is Plea Bargaining Inevitable?” **Harvard Law Review**, v. 97, n. 5, mar. 1984.
- SCHWABE, J. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SCHWARTZ, Bernard. **The Bill of Rights: a documentary story**. Chelsea House Publishers with McGraw-Hill Education, 1971, v. 2.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008
- SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 84-94, abr.-jun. 1998.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. “A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro”. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-75, jan.-fev. 2015.
- SIRACUSANO, Delfino. “Le prove”. In: _____ et al. **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, v. 1, p. 370-453.
- _____. “Prova: (III) nel nuovo codice del procedura penale)”. **Enciclopedia giuridica**, v. 15, p. 1-14. Roma: Trecanni, 2003.
- GARCIA SOLÁ, Marcela. “De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del ‘abuso del derecho’ com la garantia de defensa em juicio”. In: RAMBALDO, Juan Alberto (Org.). **Abuso procesal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.
- SOSA, Gualberto Lucas. “Abusos de Derechos Procesales”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.) **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SOUZA, Alexander Araújo de. **O abuso do direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STEFANI, Eraldo. **L’accertamento della verità in dibattimento: la difesa e l’accusa nella formazione della prova**. Milano: Giuffrè, 1995.

- STEIN, Alex. "Inefficient Evidence". *Alabama Law Review*, n. 66, p. 423-70, 2015.
- STEPHEN, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*. London: Macmillian and Co., 1883, v. 1.
- STIGLER, George J. "Law or Economics?". *The Journal of Law and Economics*, v. 35, p. 455-468, 1992
- STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 59-94, 2012.
- _____. **O panprincipiologismo e a refundação positivista**. In: COUTINHO, J. N. M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 221-42, 2011.
- _____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>, Acesso em: 10 maio 2014.
- SUANNES, Adauto. "Provas eticamente inadmissíveis no processo penal". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 31, jul.-set. 2000.
- _____. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- SWINGLE, Morley. "Constitutional Law – When Push Comes to Shove: The Newsman's Privilege Versus the Criminal Defendant's Right to Compulsory Process". *Missouri Law Review*, n. 44, p. 784-95, 1979.
- TALAMINI, Eduardo. "Prova emprestada no processo civil e penal". *Revista de Processo*, v. 91, p. 93-114, jul.-set. 1998.
- TAPPER, Colin; CROSS, Sir Rupert; WILKINS, Nancy. **Outline of the Law of Evidence**. 6th ed. London: Butterworths Law, 1986.
- TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970.
- _____. "Il diritto alla prova nel processo civile". *Rivista di Diritto Processuale*, v. 39, n. 1, p. 74-120, Padova: CEDAM, 1984.
- _____. "Modelli di prova e di procedimento probatório". *Rivista di Diritto Processuale*, v. 45, n. 2, p. 420-48, Padova: CEDAM, 1990.
- _____. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. **La semplice verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

TARZIA, Giuseppe. “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile”. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 39, p. 634-58, Padova: CEDAM, 1984.

_____. “A audiência preliminar no processo civil”. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**, v. 3, set.-dez. 1996.

TASLITZ, Andrew E. “Myself Alone: Individualizing Justice through Psychological Character Evidence”. **Maryland Law Review**, n. 52, p. 1-121, 1993.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1997.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm. 2012.

THAYER, James B. **Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law**. Rothman Reprints, 1969.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.) **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: <amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verda-de-real>. Acesso em: 23 fev. 2018.

THOMPSON, William C. “Are Juries Competent to Evaluate Statistical Evidence?” **Law & Cotemp. Probs.**, Autumn 1989.

TOLOMEI, Alberto Domenico. **I principi fondamentali del processo penal**. Padova: Ed. Cedam, 1931.

TONINI, Paolo. **La prova penale**. 4ª ed. Padova: CEDAM, 2000.

_____. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. “Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza”. **Diritto Penale e Processo**, v. 11, 2011.

_____. **Manuale di Procedura Penale**. 14ª ed. Milano: Giuffrè, 2013.

_____; CONTI, Carlotta. **Il diritto delle prove penali**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2014.

TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, v. 1.

_____. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978, v. 3.

_____. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4.

TRIBE, Laurence H. “Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process”. **Harvard Law Review**, n. 84, p. 1.329-393, 1971.

TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-131, 2012.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa *petenti* no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. “Garantia do processo sem dilações indevidas”. In: _____ (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 234-62.

TUCCI, Rogério Lauria. “Jurisdição, ação e processo civil”. **Revista de Processo**, n. 52, out.-dez. 1988.

_____. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TUINSTRA, Jarinde P. W. Temminck. **Defence Counsel in International Criminal Law**. Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

UBERTIS, Giulio. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale**. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. “Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 36, n. 1, p. 311–315, Milano: Giuffrè, 1993.

_____. “Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei diritti dell’uomo”. **Rivista de Diritto Processuale**, v. 49, n. 2, p. 489-503, 1994.

_____. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1995.

_____. “Prove (in generale)”. **Digesto – Discipline Penalistiche**, Torino, v. 10, 1995.

_____. **Verso un ‘giusto processo’ penale**. Torino: Giappichelli, 1997.

_____. **Sistema di procedura penale**. Principi generali. 2ª ed. Torino: UTET, 2007, v. 1.

_____. **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milão: Giuffrè, 2015.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. “O que vem depois dos *legal transplants*? Uma análise do processo penal brasileiro

atual à luz de direito comparado”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-ago. 2018.

VALENTINI, Cristiana. **I poteri del giudice dibattimentale nell’ammissione della prova**. Padova: CEDAM, 2004.

VANNINI, Ottorino. **Diritto processuale penale**. Milão: Giuffrè, 1941.

VASSALLI, Giuliano. “Il diritto alla prova nel processo penale”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, v. 11, p. 3-59, Milano: Giuffrè, 1968.

VÁZQUEZ, Carmen. “A Modo de Presentación”. In: VÁZQUEZ, Camen. **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Barcelona: Marcial Pons, p. 11-20, 2013.

_____. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

VESTAL, Allan D. “Rationale of Preclusion”. **Saint Louis Univerity Law Journal**, v. 9, 1964-1965.

_____. “Issue Preclusion and Criminal Prosecutions”. **Iowa Law Review**, v. 65, 1979-1980.

VIGORITI, Vincenzo. “Garanzie costituzionali del processo civile: *due process of law* e art. 24 cost”. **Studi di diritto comparato**. Milão: Giuffrè, 1973, v. 3.

VILHENA, Leonardo da Silva. **A preclusão para o juiz no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

WALTER, Gehard. **Libre apreciación de la prueba**. Tomás Banzhaf (Trad.). Bogotá: Temis, 1985.

WALTZ, Jon R. **Criminal Evidence**. Chicago: Nelson-Hall Company, 1975.

WATSON, Allen. **Legal transplants: An Approach to Comparative Law**. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WEINSTEIN, Jack B. “Alternatives to the Present Hearsay Rules”. **44 FRD**, p. 375, 1967.

_____.; BERGER, Margareth A. **Weinstein’s federal evidence: commentary on rules of evidence for the United States courts**. 2nd ed. New York: M. Bender, 1997.

WEISBERG, Robert. “Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges”. **Stanford Law Review**, n. 30, p. 935-92, 1978.

WEISSENBERGER, Glen; DUANE, James J. **Weissenberger’s Federal Evidence**. 7th ed. New Providence: Matthew Bender, 2011.

WELLS, Colin. **Abuse of Process**. 2nd ed. Bristol: Jordan Publishing, 2011.

WESTEN, Peter. “The Compulsory Process Clause”. **Michigan Law Review**, n. 73, p. 71-184, 1974.

- _____. "Compulsory Process II". **Michigan Law Review**, n. 74, p. 191-306, 1975.
- _____. **Confrontation and Compulsory Process: a Unified Theory of Evidence for Criminal Cases**. **Harvard Law Review**, n. 91, p. 567-628, 1978.
- WHITAKER, Firmino. **Jury (Estado de São Paulo)**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1930.
- WIEGAND, Wolfgang. "The Reception of American Law in Europe". **American Journal of Comparative Law**, n. 39, p. 229-48, 1991.
- WIGMORE, John Henry. "All Legislative Rules for Judiciary Procedure are Void Constitutionally". **Illinois Law Review**, n. 23, p. 276, 1928.
- _____. **Evidence in trial at common law**. Boston: Little Brown, J. McNaughton rev., 1961, v. 6.
- _____. **Evidence in trial at common law**. Boston: Little Brown, J. McNaughton rev., 1961, v. 8.
- _____. **Evidence in trial at common law**. 3rd ed. Boston: Little Brown, 1940, v. 9.
- WISSELER, Roselle L.; SAKS, Michael J. "On the inefficacy of limiting instructions: when jurors use prior conviction evidence to decide on guilt". **Law and Human Behavior**, n. 9, p. 37-48, 1985.
- WRIGHT, Charles A.; MILLER, Arthur R. **Federal Practice and Procedure**, Thomson West, 1982.