

Por outro lado, a Corte Constitucional, em duas sentenças da mesma época, a respeito de dúvidas de constitucionalidade de algumas regras do Código, em face do art. 24.2 da Constituição (que assegura o direito de defesa), veio a afirmar a existência de um princípio de *não dispersão dos meios de prova*, em virtude do qual seria admissível a utilização, na decisão final, de depoimentos tomados pelo Ministério Público ou mesmo pela Polícia Judiciária, desde que submetidos posteriormente ao debate contraditório.³⁵

5. O direito à prova nos textos internacionais sobre direitos humanos

A importância do reconhecimento de um *direito à prova*, no quadro das garantias mínimas inerentes a um processo justo, também pode ser facilmente verificada por sua constante referência nos textos internacionais sobre direitos humanos.

Foram certamente os horrores da Segunda Guerra Mundial — e, em especial, os atentados à dignidade da pessoa humana praticados pelo nazi-fascismo — que levaram à generalizada consciência sobre a necessidade de se inscrever em documentos internacionais a proeminência de certos direitos fundamentais, como pressuposto para a convivência harmônica entre os homens e as nações;³⁴ e a *dimensão internacional* dada aos direitos do homem, ainda que não seja suficiente para assegurar a sua efetividade, representa, pelo menos, uma indicação segura de seu reconhecimento pela maioria dos povos; o *consenso*, observou

³⁴ Sobre as sentenças de ns. 254 e 255 da Corte Constitucional italiana, v. especialmente Massa, *La difesa...* cit. p. 130-5 e De Luca, *L'inchiesta...* cit. p. 51-7.

³⁵ Assim como, após a 1.ª Guerra, as reivindicações dos trabalhadores e a Revolução soviética de 1917 haviam sido fundamentais para a criação da Organização Internacional do Trabalho e para a edição de textos internacionais sobre a melhoria das condições de trabalho; v. Nicolas Vallicos, *Nations, états, régions et communautés universelles: niveaux et étapes de la protection de droits de l'Homme*, in *Mélanges René-Jean Dupuy: humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, n. 343.

Bobbio, é a maior prova histórica sobre um determinado sistema de valores.³⁵

E, dentre os direitos fundamentais proclamados nos vários textos internacionais, merecem destaque aqueles relacionados à proteção dos acusados em processo penal, pois esta sempre foi uma área particularmente propícia às mais brutais violações contra a liberdade, a integridade física e a dignidade do ser humano.

Assim, embora sem uma referência expressa à garantia analisada, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em Paris em 1948, proclamou que "*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa*" (art. 11, 1).

Mais explícito é o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966,³⁶ que indica, entre as garantias mínimas estabelecidas em favor da pessoa acusada de delito, a de "*inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as de acusação*".

Também taxativos são os documentos regionais sobre direitos humanos: a Convenção Europeia (Roma, 1950) estatuí em seu art. 6.º, 3, letra d, que todo acusado tem o direito de "*inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação, e obter o comparecimento e inquirição das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação*"; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em São José da Costa Rica em 1969,³⁷ assegura igualmente à defesa o direito 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*".

³⁵ Norberto Bobbio, *Presente e futuro dos direitos do homem*, in —

³⁶ A em dos direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 27-8.

³⁷ Sobre a incorporação do referido Pacto ao direito brasileiro, v. adiante, cap. III, n. 8, nota 62.

³⁸ Sobre a incorporação do texto da Convenção Americana ao orde-

Em seu conjunto, essas disposições evidenciam que o direito à prova constitui um dos componentes essenciais e constantes do "modelo internacional de processo justo" a que se refere Comoglio,³⁸ e garantem ao acusado não só o direito de obter o comparecimento de testemunhas de defesa (*right of attendance*), mas também o de participar, em contrário, da inquirição das testemunhas de acusação (*right of confrontation*).³⁹

Sobre o âmbito de aplicação dessas disposições, cumpre salientar que a referência dos textos unicamente a *testemunhas* (salvo a menção da Convenção Americana a *peritos*) não deve levar a entender-se excluída a garantia em relação aos demais meios de prova, pois as redações adotadas estão certamente influenciadas pela tradição anglo-americana, em que há predominantemente a via testemunhal para introdução de elementos informativos no processo, inclusive no que toca aos peritos (*expert witness*); ademais, tratando-se, como visto, de atributo essencial à noção de justo processo, é indubitavelmente aplicável a qualquer tipo de prova.⁴⁰

Mas, embora enfáticas na proclamação dos direitos humanos, as convenções internacionais esbarram em enormes dificuldades mentalmente, da falta de mecanismos à disposição dos organismos internacionais para impor aos Estados o cumprimento de tais compromissos, até porque os regimes autoritários e violadores de direitos geralmente costumam ser os mais ciosos de sua autonomia

³⁸ Luigi Paolo Comoglio, I modelli di garanzia costituzionale del processo, *in Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, Cedam, 1994, v. I, p. 315-7. No mesmo sentido, entendendo que o direito a participar ativamente da instrução está incluído na noção de *procès équitable*, Dominique Poncet, La protection de l'accusé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Genève, Georg-Librarie de l'Université, 1977, p. 145.

³⁹ Grevi, op. cit., p. 405.
⁴⁰ V. Vassili, Il diritto..., cit., p. 17; no mesmo sentido Illuminati, La presunzione..., cit., p. 182-3; do mesmo teor a jurisprudência da Corte Europeia, mencionada por Giulio Ubertis, Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Rivista di diritto processuale, 49(2):490, 1994, nota 2.

em relação a autoridades externas.⁴¹ Além do mais, outras razões mais gerais de ordem política ou econômica quase sempre se sobrepõem, no plano internacional, ao interesse de tutela dos direitos dos indivíduos.

6. Segue: a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Uma tentativa de superação desse inconveniente tem sido a previsão, nas cartas regionais europeia e americana, de órgãos especialmente destinados à verificação de eventuais violações dos direitos fundamentais: tanto a Convenção de Roma, como o Pacto de São José da Costa Rica, previram a criação de uma *Comissão* e de uma *Corre* para a proteção dos direitos humanos, os quais tem poderes de investigação, censura e eventual aplicação de sanções aos Estados que descumprem seus compromissos nesse terreno.

No âmbito americano, esses organismos ainda têm um funcionamento incipiente, que constitui seguramente resultado da precária estabilidade dos regimes democráticos no nosso continente, na Europa, contudo, a atividade desses órgãos de proteção tem sido significativa em razão, principalmente, da possibilidade de sua movimentação a partir de reclamações individuais.⁴²

Especialmente quanto à garantia do *direito à prova*, como componente essencial e inafastável da noção de *justo processo*, a jurisprudência da Corte Europeia tem sido bastante significativa.

Assim, na sentença de 22 de abril de 1992, sobre o caso *Vidal v. Bélgica*, a Corte entendeu ter havido violação dos parágrafos 1.º e 3.º, *d*, do art. 6.º da Convenção, pois a Corte

⁴¹ Bobbio, op. cit., p. 38.

⁴² A vítima de uma violação está legitimada a recorrer à Comissão que, por sua vez, entendendo haver fundamento na reclamação, tem legitimidade para solicitar a intervenção da Corte, pois só esta tem uma função propriamente decisória. V. a respeito Mario Chavarito, Processo e garanzie della persona. Milano, Giuffrè, 1982, v. I, p. 9-10; Ennio Amodio, La tutela della libertà personale dell'imputado nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 10:843-5, 1967; Poncet, op. cit., p. 191-233.

de Apelação de Bruxelas condenara o acusado sem ouvir quatro testemunhas de defesa que haviam sido indicadas no recurso, e que constituíam o único meio para provar a inocência. Tratava-se de um guarda penitenciário ao qual havia sido atribuído o fato de haver entregue uma arma a um detento, para uma frustrada tentativa de fuga; depois de uma absolvição por um tribunal de primeiro grau, essa primeira decisão foi reformada em grau de apelação, para condená-lo a três anos de reclusão; em seguida, tendo obtido sucesso em seu recurso de cassação, *Vidal* solicitou à Corte de Bruxelas, competente para o novo julgamento, a inquirição das referidas testemunhas, mas esse pedido não chegou nem mesmo a ser considerado pelo tribunal, que simplesmente profereu uma nova condenação a quatro anos; à vista disso, a Corte Europeia concluiu que o silêncio quanto ao pedido de prova testemunhal era incompatível com a idéia de um processo justo.⁴³

Do mesmo modo, a Corte também tem enfatizado que a utilização de prova produzida fora do contraditório caracteriza (caso *Kostovskij*), reconheceu ter havido violação da disposição do art. 6.º, 3.º, d, da Convenção porque o acusado havia sido condenado com base em declarações prestadas na polícia por duas testemunhas que permaneceram no anonimato, diante do temor de represálias. Embora uma delas tivesse posteriormente confirmado essas declarações perante dois juizes de instrução, que foram ouvidos durante o julgamento em contraditório, juntamente com um agente policial, a Corte assentou que, apesar de legítima a utilização de elementos obtidos na fase instrutória anterior, deveria ser concedida ao acusado a oportunidade de contestar o depoimento desfavorável e inquirir o seu autor. Soluções semelhantes foram adotadas nos casos *Windisch, Delta e Saldi*.⁴⁴

A mesma orientação veio a ser reafirmada no caso *Lidi v. Suíça*, através da sentença de 15 de junho de 1992: esse cidadão fora condenado pelos tribunais suíços por tráfico de entorpecente, com base em intercepções telefônicas e no depoimento de um

⁴³ V. a íntegra dessa sentença in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 5(2):672-6, 1992.

⁴⁴ V. *Ubertis*, *Diritto alla prova*..., op. cit., p. 499-500.

policial infiltrado que estivera em contato com o mesmo, mas cuja identidade não chegou a ser revelada: recorreu à Corte, invocando violação do art. 8.º da Convenção, que cuida da proteção da vida privada, bem como do art. 6.º, 3.º, d, a Corte, embora rejeitando a alegação de intervenção na vida privada, concluiu pela ofensa ao direito à prova, uma vez que os elementos de prova devem ser produzidos perante o acusado, em audiência pública, e em contraditório.⁴⁵

7. O direito à prova no Brasil: legislação ordinária

Influenciado, nas suas origens, pelos ideais iluministas, e inspirado em grande parte pelo modelo inglês de julgamento popular,⁴⁶ o sistema processual penal brasileiro sempre foi escrupuloso em relação às garantias das partes, seja quanto à iniciativa probatória, seja relativamente ao respeito do contraditório no momento da produção das provas.

O Código de Processo Criminal de 1832, ao cuidar *Das provas*, estabelecia em seu art. 84: "*As testemunhas serão oferecidas pelas partes, ou mandadas chamar pelo Juiz ex-offício*" e, ao disciplinar as formalidades da sessão de julgamento pelo *Jury de Sentença*, também previa a inquirição direta das testemunhas pela acusação e pela defesa: "*As testemunhas do acusador serão introduzidas na sala da sessão, e jurarão sobre os artigos, sendo primeiro inquiridas pelo acusador, ou seu Advogado, ou Procurador, e depois pelo réu, seu Advogado, ou Procurador*" (art. 262); "*As testemunhas do réu serão introduzidas, e jurarão sobre os artigos, sendo inquiridas primeiro pelo Advogado do réu, e depois pelo do acusador, ou autor*" (art. 264).

É curioso e importante observar que a inquirição das testemunhas da acusação e da defesa era feita durante os debates, após a primeira manifestação oral de cada uma das partes; daí,

⁴⁵ V. a íntegra dessa sentença in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 5(2):688-94, 1992.

⁴⁶ Sobre tais influências, v. especialmente *Ada Pellegrini Grinover*, *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Brasil, Argentina e Código Modelo para Ibero-América*, *Revista de processo*, 15(58):121-2, 1990.

inclusive, a regra do art. 265: "O autor, ou acusado, seu Advogado, ou Procurador, e por último o réu, seu Advogado, ou Procurador, replicarão verbalmente aos argumentos contrários e poderão requerer a repregunta de alguma, ou de algumas testemunhas já inquiridas; ou a inquirição de mais duas de novo para pleno conhecimento de algum, ou alguns artigos ou pontos contestados, ou para provar contra algumas testemunhas qualidades que as constituem indignas de fé".⁴⁷

Esse sistema, mantido em linhas gerais pelos códigos estaduais do primeiro período republicano, era, nesse aspecto, semelhante ao modelo anglo-americano de inquirição direta das testemunhas pelas partes (*cross examination*) perante o júri e, a julgar pela advertência de Whitaker, sua prática era efetiva: "as partes devem inquirir as testemunhas sobre o facto probando e não sobre factos estranhos e não allegados...; devem se abster de discutir com as testemunhas ou usar de injúria, astúcia, ameaça...".⁴⁸ O registro escrito do depoimento não era sequer obrigatório, salvo se alguma parte o requeresse.⁴⁹ Note-se que tal sistema de inquirição direta ainda perdura entre nós, mas apenas no procedimento dos crimes de competência do júri, além do que o art. 467 do atual CPP dispõe que o juiz fará as perguntas em primeiro lugar, o que acaba por relegar a um segundo plano a atividade desenvolvida pelas partes.

No vigente Código de Processo Penal, a iniciativa probatória também é expressamente reconhecida às partes: os arts. 41 e 395 facultam à acusação e à defesa a indicação de testemunhas; o art. 399 possibilita a ambas o requerimento de diligências; o art. 400 também permite às partes o oferecimento de documentos em qualquer fase do processo; o art. 499 estabelece nova oportunidade de requerimento de diligências ao final da instrução, no procedimento ordinário; os arts. 417, § 2.º, e 421, parágrafo único, tratam dessas faculdades no procedimento do júri, etc.

Observe-se, no entanto, que embora a lei processual admita um direito incontroverso e limitado à inquirição das testemunhas tempestivamente arroladas,⁵⁰ bem como à juntada de documentos (salvo na fase do art. 406), já em relação às perícias, a efetiva aquisição fica condicionada a uma apreciação por parte do juiz, cuja negativa chega mesma a ser sugerida pelo legislador (art. 184).

Em relação à produção da prova, o estatuto de 1941 também assegura a participação das partes, embora com o controle do juiz, como se vê pela redação do art. 219, a respeito da inquirição de testemunhas: "As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida"; no procedimento do júri, como visto, é prevista a inquirição direta pelas partes (art. 467).

⁽⁴⁷⁾ Assim também se orientam a doutrina e a jurisprudência: Eduardo Espinola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro anotado, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, v. IV, p. 227, com crítica a julgado do antigo TJ do Distrito Federal, de 1944, em que se admitiu condicionar a inquirição das testemunhas da defesa à alegação de fatos que os respectivos depoimentos pudessem provar; Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, apelação n. 185.557, rel. Weiss de Andrade: "Excluir-se, antecipadamente, a testemunha do rol apresentada, com fundamento no § 2.º do art. 209 do CPP, é cercar a defesa do réu. Pois que nenhum julgador, exceto se doado de poderes sobrenaturais, poderá, de antemão, afirmar se a testemunha conhece, ou não, fatos, detalhes e circunstâncias que interessam à decisão da causa" (RT 542/374); Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, apelação 767.321/8, rel. Oliveira Passos, em que se debateu o indeferimento da inquirição de testemunhas residentes no exterior: "... ainda que com boa intenção de evitar a prescrição, o d. Magistrado feriu o direito da defesa ouvir aquelas testemunhas. Não atendeu 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, I a 7.6.94, p. 175); Tribunal de Justiça de São Paulo, correição parcial 71.533-3, rel. Ary Belfort: "Não pode o juiz indeferir a oitiva de testemunhas, sob pena de transgredir o direito limpo que assiste às partes de arrolar qualquer pessoa que não se insira nas

⁽⁴⁷⁾ José Henrique Pierangeli, Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas, Bauru, Jalovi, 1983, p. 223 e 238.

⁽⁴⁸⁾ F. Whitaker, *Jury* (Estado de S. Paulo), 6.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1930, p. 169-70.

⁽⁴⁹⁾ Edgard de Moura Bitencourt, A instrução do júri, S. Paulo, Saraiva, 1939, p. 206.

8. Segue: os textos constitucionais e as convenções internacionais

Paralelamente a isso, também merece especial registro o fato de que as nossas Constituições, a partir da República, sempre incluíram, entre os direitos individuais, cláusulas consagradoras do direito de defesa do juízo criminal, cuja leitura não pode excluir o direito à prova.

Assim, na Constituição de 1891, o art. 72, § 16.º: "*Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela...*"; em 1934, o art. 113, n. 25: "*A lei essencial a esta*", mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122, n. 11, incluía disposição segundo a qual "*... a instrução criminal será contraditória, assegurada antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa*", no texto de 1946, o art. 141, § 25.º: "*É assegurada aos acusados plena defesa... A instrução criminal será contraditória*", e as mesmas garantias eram contempladas pelo art. 150, §§ 15.º e 16.º da Carta de 1967 e, ainda, no art. 153, §§ 15.º e 16.º da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

O atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5.º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII), dos quais também se extrai o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.⁵¹

Na doutrina processual civil, o reconhecimento de um direito à prova, a partir dos princípios constitucionais, já foi salientado por Barbosa Moreira,⁵² Calmon de Passos⁵³ e Nelson Nery Jr.⁵⁴

(51) Illuminati, *La presunzione...*, cit., p. 181.

(52) José Carlos Barbosa Moreira, "A garantia do contraditório na atividade de instrução", in *Temas de direito processual* (Terceira Série), S. Paulo, Saraiva, 1984, p. 65-77.

(53) J. J. Calmon de Passos, *Da arguição de relevância no recurso extraordinário*, Revista Forense, 73(259):19, 1977.

(54) Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, S. Paulo, RT, 1967, p. 173.

e, no processo administrativo, não é outra a conclusão de Odete Medauar⁵⁵.

Para o processo penal, a igual entendimento chegaram Ada Pellegrini Grinover, ressaltando ser tal direito "*aspecto insuprível das garantias da defesa e do contraditório*";⁵⁶ Rogério Lauria Tucci, que afirma ser insito à contraditoriedade da instrução criminal, o "*direito à prova legitimamente obtida ou produzida*";⁵⁷ e Greco Filho, para quem o contraditório, como instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, consiste praticamente em "*... poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção de provas...*"⁵⁸

Da mesma forma, a jurisprudência criminal, que já vinha extraindo essa garantia de uma atenta leitura dos §§ 1.º, 15.º e 16.º, do art. 153, da Carta de 1969,⁵⁹ tem renovado esse entendimento, a partir do texto do art. 5.º, LV, da atual Constituição, pois "*nada no processo pode ser mais importante do que assegurar às partes o contraditório e ao réu o direito de ampla defesa*"⁶⁰ e, ainda, já se ressaltou que as provas obtidas sem observância do contraditório são inadmissíveis no processo.⁶¹

(55) Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, S. Paulo, Odete Medauar (tese de titular), 1993, p. 125.

(56) Ada Pellegrini Grinover, "O Conetido da garantia do contraditório", in —, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 21.

(57) Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Rogério Lauria Tucci (tese de titular), 1993, p. 226-7.

(58) Vicente Greco Filho, *Tutela constitucional das liberdades*, S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 129.

(59) Nesse sentido acórdãos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo — apelações 287.299 e 331.733, rel. Cortes Dias e Sinésio de Souza, respectivamente —, que anularam sentenças proferidas sem a prova de defesa, pois fora exigido pagamento antecipado das despesas de intimação de testemunhas, o que não acontecia em relação às testemunhas de acusação, in Ada Pellegrini Grinover (org.), *O processo constitucional em marcha*, S. Paulo, Max Limonad, 1985, p. 142-7.

(60) Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ap. 767.321/8, cit. retro, nota 50.

(61) Desse teor, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou ao Ministério Público o direito de juntar aos autos cópia de

Mas, a consagração definitiva, expressa e clara do *direito à prova* no Brasil só veio a ocorrer, recentemente, com a incorporação ao nosso ordenamento das garantias contidas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966,⁶² e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.⁶³

Como visto,⁶⁴ nesses dois tratados internacionais é reconhecido a toda pessoa acusada de delito o poder inquirir as testemunhas de acusação,⁶⁵ bem como de obter o comparecimento de testemunhas de defesa, em igualdade de condições.

E, por força do disposto pelo art. 5.º; § 2.º da Constituição da República, essa garantia possui estrutura e dignidade constitucionais, na medida em que complementa e reforça o rol do art.

assenando: "*É inequívoco que o Juri popular, ao ser chamado a julgar o crime e a autoria, deve ter a seu alcance prova judicial idônea, decorrente de sumário cercada de garantias constitucionais do contraditório, para que esse julgamento possa transcorrer dentro de um clima de segurança e certeza*" (Correição parcial 145.555-3/1, rel. Renato Talji).

(62) O Brasil somente depositou a Carta de Adesão ao referido Pacto em 24 de janeiro de 1992, após sua promulgação pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991; e o seu cumprimento foi finalmente determinado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, do Presidente da República V. Eia Wiecek Volker de Castilho, A incorporação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pelo Direito Brasileiro. Fascículos de ciências penais, 6(6):3-12, 1993.

(63) O texto da Convenção Americana foi aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992; em 25 de setembro o Brasil depositou a Carta de Adesão e, finalmente, pelo Decreto 678, de 6 de novembro do mesmo ano, foi determinado seu integral cumprimento. V. Antonio Magalhães Gomes Filho, O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Revista do Advogado — Associação dos Advogados de São Paulo, 42:30-4, abril de 1994.

(64) V. retro, cap. III, n. 5.

(65) A respeito do contraditório sobre as provas no modelo internacional, v. adiante, cap. V, n. 6.

5.º, *caput*, da Lei Maior, tornando expresso direito que já se entendia implícito em nosso sistema de garantias fundamentais.⁶⁶

9. Direito à prova: natureza e titularidade

A conclusão sobre a existência de um *direito à prova* em nosso ordenamento, obriga-nos a indagar sobre sua *natureza*, seus *titulares*, seu *conteúdo* e, ainda, a respeito de suas possíveis *limitações*.

Tradicionalmente, a relação entre as partes e a prova tem sido tratada pela doutrina processual em termos de *ônus*, o que corresponde a uma ótica que se pode afirmar *negativa* da questão, pois ao litigante que tinha o encargo de provar e não o fez são atribuídos os riscos da falta de provas no julgamento da causa.

Essa colocação, que, segundo Verde, é própria do formalismo positivista,⁶⁷ traz consigo a idéia de que o processo constitui mero instrumento de pacificação dos conflitos, sem se importar com uma correta reconstrução dos fatos; assim, revela-se absolutamente insatisfatória e inadequada à moderna concepção de processo *justo*, especialmente no terreno penal, cujo modelo *cognitivo* constitui garantia do acusado e da própria jurisdição.⁶⁸

Mas, encarada sob uma dimensão *positiva*, essa mesma relação implica o reconhecimento à parte de um direito de "*empregar todas as provas de que dispõe; com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão*"⁶⁹ nessa visão, ressalta-se o papel de colaboração dos

(66) A hierarquia entre as regras de direito internacional e interno é questão cuja solução depende do direito constitucional de cada país. V. Eduardo Jiménez de Aréchaga, La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 7:27-8, 1988. No Brasil, v. especialmente Luiz Flávio Gomes, A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), RT, 710:21-31, 1994.

(67) Giovanni Verde, L'onere della prova nel processo civile, Camerino, Jovene, 1974, p. 37.

(68) V. retro, cap. II, n. 6.

(69) V. Taruffo, Il diritto alla prova nel processo civile, Rivista di diritto

procedimento, costuma referir-se exclusivamente aos aspectos *endo-processuais*,⁷⁶ o que, para os fins do nosso estudo, parece ser insuficiente, pois também há provas que se formam *extraprocessualmente*⁷⁷ e o *direito à prova* também deve ser reconhecido *antes* ou *fora* do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la.

Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um *direito à investigação*, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as

⁷⁶ Assim, Eugenio Florian, *Delle prove penali*, Milano, Vallardi, 1921, v. I, p. 232, refere-se a cinco manifestações da atividade processual: a) *indicação* da prova; b) *efetiva pesquisa (pesquisa materiale)* da prova; c) *produção* da prova (introdução da prova no processo); *admissão* da prova; *assunção* da prova. Giovanni Leone, in *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1961, v. II, p. 184-5, indica as seguintes categorias de atividade em matéria probatória: a) *indicação dirigida* a pedir ao juiz a assunção de um particular meio de prova; b) *produção do meio de prova* (atividade da parte); c) *assunção do meio de prova* (atividade do juiz dirigida à pesquisa e individualização do meio de prova); d) *colheita das provas* (complexo de atividade dirigida à aquisição das provas ao processo). G. Bellavista e G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, 9.ª ed. Milano, Giuffrè, 1984, p. 310, depois de terem mencionado a *valorização* da prova, conceituam a produção como o ato pelo qual a parte tende a fazer admitir a prova; *introdução* como ato pelo qual o juiz admite a prova produzida e, finalmente, a *assunção* como sendo a realização de ato processual diverso, com o qual a prova produzida e introduzida vem *utilizada*, ou seja, quando se inquirir a testemunha, recebe a perícia, etc.. José I. Cafferata Neres, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 36-40, vê apenas três momentos da atividade probatória: *proposição, recepção* (quando o tribunal leva a cabo o meio de prova, possibilitando o efetivo ingresso no processo do dado probatório que resulte na sua realização) e *valorização*. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, v. II, p. 304, indica três momentos do procedimento probatório: *proposição* da prova, *admissão* da prova e *execução* ou *produção* da prova.

⁷⁷ Nesse sentido, v. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 352.

atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do *direito à prova*, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.⁷⁸

Aliás, trata-se de faculdade há muito reclamada pela doutrina mais atenta⁷⁹ e que, ao legislador italiano de 1988, pareceu indispensável para o exercício do *direito à prova*; com efeito, o art. 38 das disposições de atuação do CPP, fazendo expressa referência ao art. 190, primeiro parágrafo, do novo estatuto (que como visto, consagra do direito à prova), estabeleceu que "*L'attività prevista dal primo comma può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati*", assim, procurou-se assegurar à defesa, em paridade com o Ministério Público, a possibilidade de descobrir provas favoráveis, bem como verificar a possibilidade de utilizar determinadas fontes de prova.⁸⁰ Entretanto, como é fácil imaginar, inúmeros obstáculos se apresentaram a uma efetiva concretização desse direito e, consequentemente, ao próprio *direito à prova*.⁸¹

⁷⁸ Nos sistemas continentais, ao contrário do que sucede na prática *adversarial*, qualquer contato prévio do defensor ou do acusado com as testemunhas costuma ser reprovado pela ética profissional e pode vir a ser reprimido até mesmo criminalmente; v. a propósito, Damaska, *Presentation...* cit., p. 1088-9 e nota 12.

⁷⁹ Francesco Carnevati, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, p. 174, para quem a suposta imparcialidade dos órgãos de investigação é às vezes contaminada pelo interesse profissional.

⁸⁰ Paolo Tonini, *L'attività di investigazione privata nel nuovo processo penale*, in Tonini (org.), *L'investigazione privata nel nuovo processo penale*, Padova, Cedam, 1990, p. 261.

⁸¹ Basta lembrar a necessidade de regulamentação dessas atividades, que acabam por gerar uma relação de dependência entre os investigadores particulares e os órgãos estatais incumbidos das mesmas tarefas, assim como a acentuação da desigualdade entre acusados ricos e pobres. V. Francesco Gangemi, *L'investigatore privato ed il nuovo codice di procedura penale*, Archivio della nuova procedura penale, 2(supl. ao n. 6):165-9, 1991; lamentando a falta de preocupação do legislador em regular convenientemente a

O direito à prova compreende, em segundo lugar, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório no processo; trata-se do direito de *proposição (indicação, requerimento)* de provas, que é geralmente reconhecido nas legislações não só às partes, mas também, a outros interessados, como ocorre, por exemplo, em relação ao ofendido admitido como assistente de acusação no processo penal brasileiro (art. 271 *caput* CPP). Mas tal faculdade será mera ilusão, na ótica do direito à prova, se não estiver acompanhada de um concreto direito à *admissão* das provas propostas, indicadas ou requeridas.^{81a}

De fato, é no pronunciamento judicial relativo à *admissão* das provas que se encontra o núcleo do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia.⁸²

Dai o especial interesse que assumem, nessa matéria, as questões da *admissibilidade, pertinência e relevância* da prova,

^(81a) Esse direito também inclui a eventual antecipação dos atos de obtenção da prova, nos casos em que se verificar um risco de desaparecimento das fontes de prova (*periculum in mora*). É o caso ausentar-se ou, por enfermidade ou velhice, justificar-se o receio de que já não exista ao tempo da instrução (art. 225 CPP); também é esse risco de desaparecimento de provas materiais que inspira as disposições do art. 240 do CPP, na disciplina da busca e apreensão. A referência a tal aspecto do direito à prova passou a ter grande significação entre nós a partir da Lei 9.271, de 1996, que prevê a suspensão do processo quando o réu citado por edital não comparece ao interrogatório, nem constitui defensor. Nessa situação, segundo a nova redação dada por essa lei ao art. 366 do CPP, o juiz poderá determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Não se trata, na ótica do direito à prova, de mera faculdade do magistrado, correspondendo, na verdade, a um direito constatando o risco de desaparecimento.

⁽⁸²⁾ Siracusano, *Le prove...*, cit., p. 396.

até porque, num processo de partes, as restrições do direito à prova de uma delas asseguram, em última análise, o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada. Pode-se afirmar, assim, que correlato ao direito à prova, existe também um direito à *exclusão* das provas inadmissíveis, imperinentes ou irrelevantes.⁸³

Sucessivamente, o direito à prova também se manifesta no procedimento pelo qual a prova é formada ou introduzida no processo: trata-se então de assegurar a participação dos interessados nos atos de *produção (execução, assunção)* da prova, o que configura, no dizer de Siracusano, um "*direito sobre o meio de prova*".⁸⁴ É através dessa participação, com impugnações, perguntas, críticas, e eventual oferecimento de *contra-prova*, que se realiza, em sua plenitude, o *contraditório* na instrução criminal, requisito essencial à legitimação da própria atividade jurisdicional, e sobre o qual nos ocuparemos em capítulo apropriado.⁸⁵

E, como corolário desses poderes e faculdades inerentes ao direito das partes à prova, é forçoso inferir, finalmente, um direito à *valoração* das provas existentes no processo. Os mecanismos probatórios, como afirmamos nas linhas introdutórias deste trabalho, visam à *formação* e à *justificação* do convencimento judicial; assim, reconhecida a essencialidade da iniciativa e participação dos interessados na tarefa de constituição do material probatório, seria verdadeiro contrassenso admitir que pudesse o juiz desconhecer qualquer elemento informativo trazido ao processo: somente a concreta *apreciação* da prova, verificável pela *motivação* da sentença, assegura a *efetividade* do direito à prova.⁸⁶

⁽⁸³⁾ Nesse sentido, com referência ao direito anglo-americano, Gimossar, op. cit., p. 100; entre nós, Rogério Lauria Tucci, *Direitos...*, cit., p. 226-7, ao vislumbrar um "*direito à prova legitimamente obtida ou produzida*", sobre as limitações ao direito à prova, v. adiante, cap. IV.

⁽⁸⁴⁾ V. Siracusano, *Le prove...*, cit., p. 396.

⁽⁸⁵⁾ V. adiante, cap. V.

⁽⁸⁶⁾ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes & Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 3.ª ed.,