

**UNIDADE VIII**

Leitura obrigatória  
**MAGALHÃES. Direito a prova, cap.III p.  
59-89**

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

**DIREITO À PROVA  
NO PROCESSO PENAL**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes Filho, Antonio Magalhães  
Direito à prova no processo penal / Antonio Magalhães Gomes Filho. --  
São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.  
Bibliografia  
ISBN 85-203-14910  
1. Processo penal 2. Prova (Direito) I. Título.

97-0617

CDU-343.14

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito à prova : Processo penal 343.14

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

de Apelação de Bruxelas condenara o acusado sem ouvir quatro testemunhas de defesa que haviam sido indicadas no recurso, e que constituiriam 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 proferiu uma nova condenação a quatro anos. À vista disso, a Corte Européia concluiu que o silêncio quanto ao pedido de prova testemunhal era incompatível com a idéia de um processo justo.<sup>43</sup>

Do mesmo modo, a Corte também tem enfatizado que a utilização de prova produzida fora do contraditório caracteriza ofensa ao direito à prova: na decisão de 20 de novembro de 1989 (caso *Kostovski*), 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 Saïdi*.<sup>44</sup>

A mesma orientação veio a ser reafirmada no caso *Lüdi 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 ala 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.<sup>45</sup>

## 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,<sup>46</sup> 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-officio*" 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 acusador, seu Advogado, ou Procurador, e por último o réu, seu Advogado, ou Procurador, replicarão verbalmente aos argumentos contrários e poderão requerer a repurgunta de alguma, ou de algumas testemunhas já inquiridas; ou a inquirição de mais dias 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".<sup>47</sup>

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...".<sup>48</sup> O registro escrito do depoimento não era sequer obrigatório, salvo se alguma parte o requeresse.<sup>49</sup> 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 facilidades no procedimento do júri, etc.

(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 instituição do júri*, S. Paulo, Saraiva, 1939, p. 206.

Observe-se, no entanto, que embora a lei processual admita um direito incontroverso e ilimitado à inquirição das testemunhas tempestivamente arroladas,<sup>50</sup> 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).

(50) Assim também se orientam a doutrina e a jurisprudência: Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro* anotado, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, v. IV, p. 227, com crítica a julgados 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 Alcáda Criminal de São Paulo, apelação n. 185.557, rel. Weiss de Andrade: "Excluír-se, antecipadamente, a testemunha do rol apresentado, com fundamento no § 2.º do art. 209 do CPP, é cercar a defesa do réu. Pois que nenhum julgador, exceto se dotado de poderes sobrenaturais, poderá, de antemão, afirmar se a testemunha conhece, ou não, fatos, detalhes e circunstâncias que interessam à decisão da causa" (RT 542374); Tribunal de Alcáda 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, 1 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 límpido que assiste às partes de arrolar qualquer pessoa que não se insira nas proibidas, independentemente de justificação" (RT 639/289).

### 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 assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta"; mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122, n. 11, incluiu 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.<sup>51</sup>

Na doutrina processual civil, o reconhecimento de um *direito à prova*, a partir dos princípios constitucionais, já foi salientado por Barbosa Moreira,<sup>52</sup> Calmon de Passos<sup>53</sup> e Nelson Nery Jr.,<sup>54</sup>

<sup>(51)</sup> Illuminati, *La presunzione...* cit., p. 181.

<sup>(52)</sup> 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.

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

<sup>(54)</sup> Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, S. Paulo, RT, 1992, p. 123.

e, no processo administrativo, não é outra a conclusão de Odete Medauar.<sup>55</sup>

Para o processo penal, a igual entendimento chegaram Ada Pellegrini Grinover, ressaltando ser tal direito "*aspecto insusprimível das garantias da defesa e do contraditório*",<sup>56</sup> Rogério Lauria Tucci, que afirma ser insito à contraditoriedade da instrução criminal, o "*direito à prova legitimamente obtida ou produzida*",<sup>57</sup> 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...*"<sup>58</sup>

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,<sup>59</sup> 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*",<sup>60</sup> e, ainda, já se ressaltou que as provas obtidas sem observância do contraditório são inadmissíveis no processo.<sup>61</sup>

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

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

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

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

<sup>(59)</sup> Nesse sentido acórdãos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo — apelações 287.299 e 331.733, rel. Corrêa 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.

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

<sup>(61)</sup> Desse teor, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou ao Ministério Público o direito de juntar aos autos cópia de declarações prestadas por testemunhas no Gabinete da Promotoria,

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,<sup>62</sup> e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.<sup>63</sup>

Como visto,<sup>64</sup> nesses dois tratados internacionais é reconhecido a toda pessoa acusada de delito o poder inquirir as testemunhas de acusação,<sup>65</sup> 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 inegável 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 cercado de garantias constitucionais do contraditório, para que esse julgamento possa transcorrer dentro de um clima de segurança e certeza*" (Correção parcial 145.555-3/1, rel. Renato Talli).

<sup>(62)</sup> 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. Elia Wiecek Volkner de Castilho. A incorporação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pelo Direito Brasileiro. Fascículos de ciências penais, 6(6):3-12 1993.

<sup>(63)</sup> 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.

<sup>(64)</sup> V. retro, cap. III, n. 5.

<sup>(65)</sup> 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.<sup>66</sup>

#### 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 *onus*, 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,<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

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*",<sup>69</sup> nessa visão, ressalta-se o papel de colaboração dos

<sup>(66)</sup> 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.

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

<sup>(68)</sup> V. retro, cap. II, n. 6.

<sup>(69)</sup> V. Taruffo, Il diritto alla prova nel processo civile, Rivista di diritto processuale, 39:77, 1984.

interessados na reconstrução mais exata dos fatos sobre os quais irá versar a decisão judicial.

Caracteriza-se, assim, um verdadeiro *direito subjetivo*<sup>70</sup> 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*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.<sup>71</sup>

Tratando-se, pois, de um aspecto dos próprios direitos de ação e de defesa, seus titulares não de ser os mesmos aos quais o ordenamento reconhece tais direitos: assim, embora os textos internacionais antes mencionados se refiram a um direito à prova *do acusado*, não vemos porque negá-lo aos titulares da ação penal pública ou privada do ofendido, pois se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30 CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de participação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação;<sup>72</sup> outra coisa não se deduz dos princípios constitucionais da *igualdade* e do *contraditório*.<sup>73</sup>

<sup>(70)</sup> V. Vassali, Il diritto... cit., p. 9-10; Gilles Goubaux, Le droit à la preuve, in Perelman & Fories (org.), La preuve en droit, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 279-80.

<sup>(71)</sup> Luigi Paolo Comoglio, La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, Padova, Cedam, 1970, p. 152.

<sup>(72)</sup> Nesse sentido, Vassali, Il diritto... cit., p. 11; esse também é o entendimento da jurisprudência nacional: v. Tribunal de Justiça de São Paulo, correção parcial 71.533-3, rel. Ary Belfort, RT 639/289.

<sup>(73)</sup> O mesmo não pode ser dito em relação ao assistente do Ministério Público, que não é parte no processo penal e, segundo o art. 271 do CPP, somente pode *propor* meios de prova. Para um aprofundado exame desse tema, v. Antonio Scarance Fernandes, Reavaliação do papel da vítima no processo criminal, Antonio Scarance Fernandes (tese de livre-docência), S. Paulo, 1993, p. 233-6.

À semelhança dos mesmos direitos de ação e de defesa, o direito subjetivo à prova é também um direito *público* ou *cívico*, na medida em que tem como sujeito passivo o Estado,<sup>74</sup> representado pela figura do órgão jurisdicional, o qual está obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, desde que, evidentemente, legítimas. Mas isso não exclui que também possam ser considerados sujeitos passivos a parte contrária, quando tenha em seu poder alguma prova (salvo, evidentemente, o direito do acusado à não incriminação)<sup>75</sup> ou terceiros, como as testemunhas e os peritos, a cujo *dever de veracidade* corresponde um *direito* da parte à obtenção da informação verdadeira.

#### 10. Segue: conteúdo

O reconhecimento de um verdadeiro *direito subjetivo à prova*, cujos titulares são as partes no processo (penal, no nosso caso), supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional.

Disso decorre que o exercício desse *direito* deve permear o fenômeno probatório em sua integralidade, ou seja, deve ser possível em todas aquelas tarefas de procura e colheita dos dados que permitirão ao juiz verificar a ocorrência, ou não, dos acontecimentos históricos afirmados pelas partes e sobre os quais irá versar a sentença final.

A doutrina processual costuma referir-se a *procedimento probatório* para indicar uma sucessão de atos em que se recolhem ao processo as informações destinadas ao julgamento sobre os fatos, mas não tem sido uniforme na identificação dos diversos momentos desse procedimento. Além disso, até por se tratar de

<sup>(74)</sup> Sobre a natureza pública do direito de ação, v. Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, S. Paulo, RT, 1973, p. 45-66.

<sup>(75)</sup> Nesse sentido, Goubaux, op. cit., p. 280-1.

procedimento, costuma referir-se exclusivamente aos aspectos *endo-processuais*,<sup>76</sup> o que, para os fins do nosso estudo, parece ser insuficiente, pois também há provas que se formam *extra-processualmente*<sup>77</sup> e o *direito à prova* também deve ser reconhecido *antes* ou *fora* do processo, até como meio de se obter elementos que autorizam 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) *indicazione* da prova; b) *effettiva pesquisa* (*pesquisa material*) 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) *indicazione do meio de prova*; b) *produção do meio de prova* (atividade da parte dirigida a pedir ao juiz a assunção de um particular meio de prova); 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 *valorazione* da prova, conceituam a produção como o ato pelo qual a parte tende a fazer admitir a prova; *introduzione* 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 inquire a testemunha, recebe a perícia, etc. José I. Cafferata Nores, La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 36-40, vê apenas três momentos da atividade probatória: *proposición*, *recepción* (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 *valoración*. 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: *proposición* da prova, *admisão* 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.<sup>78</sup>

Aiás, trata-se de faculdade há muito reclamada pela doutrina mais atenta<sup>79</sup> 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 o 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.<sup>80</sup> Entretanto, como é fácil imaginar, inúmeros obstáculos se apresentaram a uma efetiva concretização desse direito e, consequentemente, ao próprio *direito à prova*.<sup>81</sup>

(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 Carnelutti, 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 matéria, Massa, La difesa... cit., p. 117-9.

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.<sup>81a</sup>

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.<sup>82</sup>

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

<sup>(81a)</sup> 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 da antecipação da prova testemunhal, quando o depoente tiver que 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* da parte interessada na obtenção do elemento probatório, desde que constatado o risco de desaparecimento.

<sup>(82)</sup> Siracusano, *Le prove...* cit., p. 395 ss.

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, imperitantes ou irrelevantes.<sup>83</sup>

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*".<sup>84</sup> 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 nós ocuparemos em capítulo apropriado.<sup>85</sup>

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 contrasenso 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.<sup>86</sup>

<sup>(83)</sup> Nesse sentido, com referência ao direito anglo-americano, Ginosar, 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.

<sup>(84)</sup> V. Siracusano, *Le prove...* cit., p. 396.

<sup>(85)</sup> V. adiante, cap. V.

<sup>(86)</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes & Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 3.ª ed., S. Paulo, Malheiros Ed. 1993, p. 108.