

VICTOR VALARINI

**Processo penal adversarial: influências sobre a regulamentação
da produção da prova oral no processo penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

VICTOR VALARINI

**Processo penal adversarial: influências sobre a regulamentação da produção da
prova oral no processo penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Valarini, Victor

Processo penal adversarial : influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro / Victor Valarini. -- São Paulo : USP / Faculdade de Direito, 2018.

190 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Orientador: Marcos Alexandre Coelho Zilli.

1. Prova (Processo Penal), Brasil. 2. Estudo Comparativo. 3. Prova. I. Zilli, Marcos Alexandre Coelho, orient. II. Título.

Nome: Victor Valarini

Título: Processo penal adversarial: influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Nádía e Eliseu, por todo o amor,
por sempre acreditarem em mim e por serem os
grandes responsáveis por todas as nossas
conquistas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Nádia Maria Fedozzi Valarini e Eliseu Eduardo Valarini, por tudo – pelo sacrifício, pelo amor incondicional, pela dedicação e por compartilharmos dos melhores e dos piores momentos.

À Valdete Pereira de Brito Satin, a irmã que a vida me deu, pelo amor fraternal de sempre, e também a seu marido Claudiomiro e a seus filhos Camilo e Maria Victória, que são parte da nossa família.

Ao Caio e à Margareth, por todo o suporte que me deram quando, apenas aos dezesseis anos, mudei-me para São Paulo.

Aos demais familiares, com quem sempre pude contar – tanto aos presentes como àqueles que, infelizmente, não puderam, neste mundo, compartilhar comigo deste momento.

Ao Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli, pela confiança e por ter me proporcionado a oportunidade de iniciar e concluir, sob sua imprescindível orientação, mais uma etapa na Velha e Sempre Nova Academia de Direito, na qual me orgulho profundamente de ter estudado.

Ao Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida, com quem tive o prazer de aprender, como aluno e como estagiário, e que me proporcionou lições para toda a vida. Sem a atenção e o encorajamento dele recebido, certamente nada disso teria sido possível.

Ao Prof. Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e à Profa. Dra. Marta Cristina Cury Saad Gimenes, docentes que tanto me ensinaram na Graduação e na Pós-Graduação e que contribuíram, com as suas observações na Banca de Qualificação, de modo determinante para que esta pesquisa se desenvolvesse.

Ao Isac Barcelos Pereira de Souza, cuja amizade é, inegavelmente, o que de melhor me aconteceu na Pós-Graduação, pelo auxílio fundamental durante a elaboração deste trabalho.

Ao Marcelo Vinicius Vieira, por todo o apoio e por ser a prova de que, em pouquíssimo tempo, podem surgir laços tão sinceros e intensos de amizade como os nossos.

Aos meus colegas e amigos dos bancos de Pós-Graduação, Nathália e Carlos Eduardo, por terem feito com que esse caminho não fosse solitário.

Aos meus amigos Lucas Santi, Lucas Tengan, Matheus Rocca, Rafael Calabró, Rafael Zancheta e Thiago Luiz dos Santos, com quem vivenciei os meus melhores momentos nas Arcadas e sem os quais não teria tantas boas lembranças da Graduação.

Ao Marcelo Rico, ao Heitor Garcia Lima e ao Tyler Bazz, por fazerem com que eu me sinta em casa em São Paulo e que, cada um a seu modo, colaboraram em momentos determinantes da elaboração deste trabalho.

Ao Luís, ao Maurício, ao Geraldo, à Camilla, à Mônica e à Luzia, que ressignificaram o conceito de ambiente de trabalho e pelos quais nutro imenso carinho.

RESUMO

VALARINI, Victor. *Processo penal adversarial: influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro*. 2018. 190 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente estudo tem por escopo identificar eventual aproximação entre o sistema processual penal brasileiro e o sistema *adversarial* com base na análise da regulamentação da produção da prova oral em matéria penal no Brasil. O Código de Processo Penal brasileiro, introduzido no ordenamento pátrio pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941, está em vigor desde 1942. A partir daí, a legislação processual penal submeteu-se a muitas reformas que alteraram, em diversos aspectos, a sua essência. Adota-se como ponto de partida os contrapostos conceitos de processo *adversarial* e de processo *inquisitorial*, metodologicamente assumidos como “tipos ideais”. A identificação de uma cultura jurídica processual, que se tem alterado em favor de uma racionalidade *adversarial*, fundamenta-se nas análises da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, de aspectos gerais da Lei nº 9.099/1995 e das exposições de motivos dos projetos de lei que deram origem às reformas processuais penais de 2008. Ademais, sob a ótica adotada, procede-se ao exame específico dos dispositivos regulamentadores da produção da prova oral em matéria penal e dos concernentes à legislação projetada, reunindo-se elementos que fundamentam a identificação do movimento de aproximação pesquisado e dos aspectos que o limitam.

Palavras-chave: Direito processual penal. Processo *adversarial*. Processo *inquisitorial*. Sistema processual. Provas. Sistema probatório. Prova oral. Gestão probatória.

ABSTRACT

VALARINI, Victor. *Adversarial criminal trial: influences on the regulation of the production of oral evidence in Brazilian criminal procedure*. 2018. 190 p. Master's Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This study aims at identifying a possible approximation between the Brazilian criminal procedure system and the adversarial system, based on the analysis of the regulation of the production of oral evidence in criminal matters in Brazil. The Brazilian Code of Criminal Procedure, which was introduced into the country law by Decree-Law no. 3.689 of 1941, has been in force since 1942. Since then, criminal procedural legislation has undergone many reforms, which have altered its spirit. As a starting point, the concept of adversarial process, as opposed to that of the inquisitorial process, is adopted methodologically as an “ideal-type”. The identification of a procedural legal culture that has changed in favor of an adversarial rationality is based on analyses of the explanatory memorandum of the Code of Criminal Procedure of 1941, of general aspects of Law no. 9.099 of 1995 and of the explanatory memorandum of the bills that gave rise to the reforms in the criminal procedural legislation of 2008. It is also accomplished, from the adopted perspective, a specific examination of the regulatory devices for the production of oral evidence in criminal matters and those concerning the pending legislation, gathering factors which support the identification of the movement of approximation mentioned in the study and the aspects that restrict that movement.

Keywords: Criminal Procedure Law. Adversarial Trial. Inquisitorial Trial. Procedural system. Evidence. Evidence Law. Oral Evidence. Evidence Management.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 NOÇÕES PRELIMINARES.....	19
1.1 Notas sobre o processo penal <i>adversarial</i>	19
1.1.1 Opção metodológica.....	19
1.1.2 O processo penal <i>adversarial</i>	22
1.1.2.1 Características do processo <i>adversarial</i>	23
1.1.2.2 Concentração procedimental e bipartição judicial.....	31
1.1.3 Críticas ao processo penal <i>adversarial</i>	34
1.1.3.1 A implicação do poderio econômico.....	35
1.1.3.2 Os efeitos combativos.....	38
1.2 A epistemologia, a verdade e as opções político-morais.....	40
1.3 Processo penal <i>adversarial</i> e processo penal acusatório: uma falsa correspondência.....	44
1.4 Notas sobre o direito ao confronto.....	46
1.4.1 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a <i>Confrontation Clause</i>	46
1.4.2 A teoria geral do confronto de Stefano Maffei.....	50
2 A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE UM PROCESSO PENAL <i>ADVERSARIAL</i>	57
2.1 O <i>Altercation Trial</i> e a ideia da disputa: causas, escopo processual e características.....	58
2.2 Uma gradual transição: da aversão à defesa técnica ao pleno domínio do processo pelos advogados.....	66
2.2.1 O <i>Treason Trials Act</i> de 1696: o aparecimento do advogado de defesa.....	66
2.2.2 A implementação do advogado de defesa para além dos <i>Treason Trials</i>	70
2.2.3 O surgimento da <i>Law of Evidence</i>	75
2.2.4 A defesa técnica plena e a consolidação do processo penal <i>adversarial</i> na Inglaterra.....	83
3 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA CULTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA.....	85
3.1 O Código de Processo Penal de 1941.....	85
3.2 A Lei nº 9.099/1995 e a introdução de espaços de justiça penal consensual.....	87

3.3 As reformas processuais penais de 2008.....	91
4 A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA.....	95
4.1 A prova testemunhal.....	97
4.1.1 A pessoa da testemunha.....	98
4.1.2 A forma de inquirição das testemunhas.....	102
4.1.3 A presença física dos envolvidos.....	104
4.2 O interrogatório.....	108
4.2.1 O comparecimento compulsório e o direito ao silêncio.....	109
4.2.2 O papel do defensor no interrogatório.....	111
4.2.3 A forma da formulação de perguntas ao acusado.....	113
4.2.4 O interrogatório por videoconferência.....	116
4.2.5 O reinterrogatório e o momento do interrogatório.....	117
4.3 A prova pericial.....	119
4.4 A acareação.....	122
4.5 O Tribunal do Júri.....	123
4.5.1 O Tribunal do Júri e a prova testemunhal.....	125
4.5.2 O Tribunal do Júri e o interrogatório.....	127
4.5.3 O Tribunal do Júri e a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas, o esclarecimento dos peritos e a leitura de peças.....	129
4.6 A colaboração premiada e a produção da prova oral.....	130
4.7 A prova emprestada e o direito ao confronto.....	137
4.8 O contraditório judicial como regra e as provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas.....	139
4.9 A produção da prova no âmbito dos Tribunais.....	141
5 A LEGISLAÇÃO PROJETADA E OS SEUS (POSSÍVEIS) DESDOBRAMENTOS.....	147
5.1 A estruturação do sistema processual no Anteprojeto.....	147
5.2 A prova testemunhal.....	150
5.3 O interrogatório e a participação do corréu.....	156
5.4 A instrução perante o Tribunal do Júri.....	159
5.5 A prova emprestada.....	160
5.6 A produção da prova no âmbito dos Tribunais.....	161
CONCLUSÃO.....	165
REFERÊNCIAS.....	171

INTRODUÇÃO

Em termos abstratos, estudiosos das ciências jurídicas, em um movimento de constante questionamento de premissas e pontos de partida, estão sempre à procura da elaboração de um “modelo ideal” de ordenamento jurídico, capaz de se adequar à sociedade à qual o direito se aplica. Como os paradigmas se alteram com o decurso do tempo, é esperado que sempre se tenha material em potencial para reexames das normas postas.

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, por sua vez, não é novo. Introduzido no ordenamento pátrio pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o diploma legislativo está em vigor desde 1942, sendo inevitável que se aponte a ocorrência, nesses quase oitenta anos, de incontáveis mutações pelas quais a sociedade brasileira passou.

Se a questão for analisada pelo prisma político, o Código de Processo Penal emergiu no período da Segunda Grande Guerra, durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas. As alusões são expressas, na sua exposição de motivos, à legislação italiana fascista. A partir daí, vivenciaram-se, no Brasil, dois períodos de redemocratização – intercalados por uma ditadura militar de mais de vinte anos –, sendo o último consagrado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, cuja natureza é democrática, social, asseguradora de uma gama de direitos e garantias fundamentais, por isso denominada Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte à época.

Vislumbrado o panorama pelo viés cultural, o recente fenômeno da globalização, impulsionado pelo aumento da velocidade e da intensidade de trocas de informações, proporcionou um intercâmbio cultural de dimensões até então inimagináveis. Com isso, ninguém pôde se blindar de influências externas, o que, naturalmente, deu origem a mudanças nesse campo e, por conseguinte, na seara jurídica. No caso brasileiro, não foi diferente.

Nesse contexto, a despeito de não ter sobrevivido outro Código de Processo Penal, é intuitiva a conclusão de que, em muitas vertentes, a sociedade se transformou e, com isso, a lei processual precisou se adaptar às suas demandas. E, de fato, algumas foram as reformas às quais essa legislação se submeteu.

Os critérios sob os quais as modificações da lei processual penal podem ser analisadas variam. Certamente, o mais utilizado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias refere-se à dicotomia processo acusatório e processo inquisitório. Essa classificação, que diz respeito à distribuição das funções de acusação, defesa e julgamento, é de essencial

importância, mas, como dito, não constitui a única maneira pela qual o assunto pode ser observado.

Desse modo, tem-se, menos difundida entre os países tradicionalmente associados à *civil law*, a definição de processo *adversarial*, contraposta à de processo *inquisitorial*. Essa nomenclatura leva em consideração o grau de confronto e a atuação das partes na gestão probatória.

Nessa linha o processo *adversarial* caracteriza-se por um esquema de determinação dos fatos por uma disputa justa, com a gestão probatória incumbida às partes, enquanto o processo *inquisitorial* parte de um conceito centrado no julgador, estruturando-se em função de os elementos probatórios serem produzidos para o juiz, sendo, portanto, a sua atuação significativa na produção da prova, priorizando-se, por conseguinte, o intento da máxima acumulação de elementos probatórios.

Observado o desenvolvimento da legislação processual penal brasileira sob esse preceito, notou-se ser consideravelmente detectável algum movimento. Isso porque, se, por um lado, o Código de Processo Penal, em sua origem, engendrou um arranjo em torno da autoridade judicial, atribuindo-lhe funções primárias na gestão da prova e do processo e, de certo modo, até objetificando as partes, por outro, as reformas processuais penderam para um caminho oposto.

Já com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, apesar de seu âmbito restrito – deu-se apenas em relação a crimes de menor potencial ofensivo –, são perceptíveis tanto a introdução de espaços de justiça consensual no sistema processual penal brasileiro quanto o entendimento da maior efetividade inerente a um processo oral e concentrado. Essas noções afastam-se da compreensão *inquisitorial* e, por consequência, aproximam-se da *adversarial*.

Mas foi com as reformas processuais penais de 2008 – instituídas pelas Leis nºs 11.689, de 9 de junho; 11.690, também de 9 de junho; e 11.719, de 20 de junho (todas desse ano) – que se tornou mais evidente, em diversos dos seus aspectos, a franca decadência da ideia de determinação dos fatos centrada no protagonismo da figura do julgador. Reveladora disso foi, por exemplo, a extinção do sistema presidencialista de inquirição de testemunhas que, com as leis de 2008 mencionadas, passou a ocorrer mediante exame cruzado, ou seja, crucialmente pelas inquirições diretas das partes, relegando-se ao juiz função suplementar no ato.

Ademais, Antonio Magalhães Gomes Filho, integrante da Comissão de juristas responsável pela elaboração das reformas de 2008, reconhece expressamente a influência que o sistema *adversarial* teve nas reformas processuais, assunto a ser abordado ao tratar

das provas na Lei nº 11.690/2008, em obra a ser referenciada oportunamente, nesta dissertação.

Assim, sob essa ótica, pode-se fazer as seguintes indagações: é possível traçar um movimento de aproximação do sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual *adversarial*? Em caso positivo, quais são os elementos indicativos desse movimento e os seus limites? É à resposta a esses questionamentos que se dedica esta dissertação.

Para tanto, tornou-se necessário realizar um recorte do objeto de estudo. Em razão de ser inviável o balanço de todos os dispositivos legislativos concernentes ao processo penal, identificou-se alguma perspectiva sob a qual se pudesse fazer uma avaliação aprofundada e que, se não respondesse de forma absoluta ao indagado, ao menos contribuísse significativamente para elucidar a questão posta. Determinou-se, assim, o estudo da regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro.

Desenvolveu-se o trabalho em duas frentes. A primeira parte do trabalho serviu à instituição das premissas necessárias ao aprofundamento exigido pelo tema e, com esse propósito, contemplou, no Capítulo 1, primordialmente observações acerca da ideia de processo *adversarial* e suas decorrências, e, no Capítulo 2, o desenvolvimento histórico da concepção do senso de um processo penal *adversarial*, ocorrido na Inglaterra a partir do final do século XVII.

A segunda parte do trabalho – capítulos 3 a 5 – teve como foco o sistema processual penal brasileiro e o ponderamento da matéria central proposta por esta dissertação, qual seja, responder se é possível traçar um movimento de aproximação da regulamentação da produção da prova oral no sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual penal *adversarial* e, em caso positivo, quais são os elementos indicativos desse movimento e os seus limites.

No Capítulo 3, pelas análises (1) da exposição de motivos do Código de Processo Penal, (2) de algumas feições da Lei nº 9.099/1995 e (3) das exposições de motivos dos projetos de lei que deram origem às reformas processuais de 2008, procurou-se expor, linearmente, de que modo a cultura jurídico-processual pátria tem se desenvolvido em direção a um processo penal mais centrado no confronto e nas partes.

Já no Capítulo 4, procedeu-se ao estudo específico da legislação processual brasileira, selecionando-se os pontos fundamentais e pertinentes à reunião de elementos que servissem à conclusão de uma eventual aproximação ou afastamento da regulamentação da produção da prova penal no Brasil relativamente ao processo *adversarial*. Destinou-se esse

espaço ao exame das disciplinas (1) da prova testemunhal; (2) do interrogatório; (3) da prova pericial; (4) da acareação; (5) da produção da prova perante o Tribunal do Júri; (6) da colaboração premiada e da oitiva do colaborador; (7) da prova emprestada; (8) do estabelecimento do contraditório judicial como regra para a produção da prova penal; e (9) da produção da prova no âmbito dos Tribunais.

O Capítulo 5, por sua vez, dedicou-se a apreciar a legislação processual penal projetada, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, com o propósito de verificar eventuais inovações que pudessem contribuir para o objeto de estudo deste trabalho.

As reflexões, apresentadas no item Conclusão, são resultado da retomada dos pontos mais importantes delineados ao longo do trabalho e têm o condão de ofertar as respostas para o problema de pesquisa desta dissertação.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

Para que se proceda à análise do desenvolvimento da legislação processual penal brasileira à luz do paradigma do processo penal *adversarial*, é indispensável que, preliminarmente, estabeleçam-se as premissas necessárias a esse estudo.

Dessa maneira, neste primeiro capítulo, procede-se à exposição da metodologia adotada na pesquisa, bem como à determinação do conceito de processo *adversarial* e à apreciação das principais críticas que lhe são inerentes e de alguns aspectos que, se não fazem parte da essência da sua noção, com esta possuem estreita afinidade.

Dedica-se, ainda, parte deste capítulo a algumas reflexões sobre a epistemologia e as opções político-morais, questões que guiam de modo categórico a estruturação de um processo em determinado ordenamento jurídico.

Diferenciam-se, também, as dicotomias processo *adversarial*-processo *inquisitorial* e processo acusatório-processo inquisitório e, por fim, expõem-se dois delineamentos do conteúdo do que se denominou direito ao confronto – um, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e, outro, por Stefano Maffei.

1.1 Notas sobre o processo penal *adversarial*

1.1.1 Opção metodológica

A classificação jurídica em sistemas contrapostos possui considerável utilidade para o estudo do direito comparado. Não obstante a doutrina reconheça diferentes abordagens, focadas ora em semelhanças, ora em diferenças, o fato é que algumas delas, instrumentalmente, melhor se adequam a determinados objetivos que outras¹.

¹ Em defesa da pluralidade de esquemas de inteligibilidade no estudo do direito comparado, Geoffrey Samuel elucida: “There is no single theory, no single paradigm or programme, no single scheme of intelligibility and no single reasoning method in the social sciences. As this book has attempted to show, the same is equally true of comparative law studies. And that is why a pluralistic dialectical scheme of methodological (and paradigm) ‘confrontations’ is probably the most satisfactory answer to the question of whether or not methodology in comparative law can be schematised.” (SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 179).

No caso deste trabalho, parte-se da premissa de ser o binômio “processo penal *adversarial*–processo penal *inquisitorial*”² o que permite com maior nitidez a compreensão do movimento observado nas mais recentes reformas processuais penais brasileiras, a despeito da doutrina e dos próprios legisladores – como se evidenciará – valerem-se, em geral, da expressão processo penal acusatório em contraposição ao processo penal inquisitório.

No tocante ao processo penal *adversarial*, algumas observações fazem-se necessárias antes de defini-lo. Mirjan Damaška sublinha as armadilhas que a caracterização de sistemas em geral engloba – incluindo-se nesse âmbito o processo *adversarial*. Extrai-se das suas lições que o eixo da diferenciação de sistemas processuais reside na determinação dos critérios que indicarão a qual dos grupos determinados sistemas concretos pertencerão. Nesse sentido, a escolha equivocada desses parâmetros inexoravelmente refletirá em limitações à utilidade da classificação resultante. O autor, ao ilustrar essa ideia, trabalha-a com o conceito de processo *adversarial*, para cujo método de definição apresenta duas abordagens³.

Na primeira abordagem, mais limitada, consideram-se como processos *adversariais* todos os sistemas concretos derivados do sistema inglês, enquanto se classificam como processos *inquisitoriais*, de modo correspondente, os oriundos da tradição europeia continental. O risco dessa ótica, aponta Damaška, seria de, na tentativa de estabelecer modelos para o agrupamento preciso de espécies tão heterogêneas de ordenamentos, tornar a classificação inócua em vista da generalidade dos mínimos denominadores comuns encontrados⁴.

² Entre outros e sem a intenção de esgotar as classificações apresentadas pela doutrina, destacam-se também os sistemas/modelos acusatórios-inquisitórios-mistos, hierárquicos-coordenados, solucionadores de conflitos-implementadores de políticas públicas, capitalistas-socialistas. Para uma explicação detalhada dos critérios, das falhas e das vantagens da adoção de cada uma delas, veja-se DAMAŠKA, Mirjan. *Models of Criminal Procedure. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, v. 51, Issue 3-4, p. 477-516, 2001. *passim*.

³ Ao versar sobre o assunto, Damaška pondera: “Much of the resulting confusion is due to the fact that criteria remain uncertain for the inclusion of specific features into the adversarial and the inquisitorial types. Promiscuously intertwined, two basic approaches to this problem can be discerned.” (*idem. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 4).

⁴ Ainda nas palavras de Damaška, “One approach is to conceive the two types as portrayals of two distinctive groups, descendants of actual historical systems: one type embraces features common to procedures in the tradition deriving from England, while the other similarly relates to procedures in the Continental tradition. Now if this implies an attempt to set up models to which all Continental and Anglo-American systems would conform, the task becomes Sisyphean: the lowest common denominators of each system are unstable and constantly changing. As soon as a feature is rejected by a single country, it must be exorcised from its respective model.” (*ibidem*, p. 4-5). Nessa mesma linha, Langer assim se manifesta: “This approach presents several problems. First each time a particular jurisdiction leaves aside a feature that was part of this minimum common

Máximo Langer, em reforço à ideia proposta por Damaška, exemplifica a questão com o elemento do “juízo por júri”. Assim, caso opte-se por essa metodologia, esse elemento apenas pode ser uma característica do sistema *adversarial* se todos os ordenamentos dos países relativos à *common law*⁵ o contemplarem⁶. O autor, ainda sobre essa abordagem, aponta a dificuldade na definição de quais seriam as feições relevantes para que se as considere essenciais à classificação – e, em consequência, quais seriam os elementos secundários, a serem ignorados na análise. Por fim, Langer destaca a inaptidão desse método para o exame de ordenamentos híbridos⁷.

Outro viés de definição de sistema *adversarial* pelo qual os autores demonstram preferência dá-se pela caracterização por meio da determinação de “tipos ideais⁸” que reconheçam padrões de articulações de ideias mediante a observação de sistemas processuais concretos. Esse método, que preceitua a desconsideração dos aspectos históricos de linhagem e a assunção de tipos fictícios – evitando que se exclua a possibilidade de definição de um sistema como de um tipo “A” pelo simples fato de não possuir todas as características a ele atribuídas ou de contemplar algumas de um tipo “B” – é útil na medida em que serve como um guia neutro no trânsito entre diversos sistemas de diferentes tradições⁹. Langer, ao

denominator, the proponents of the approach have the following dilemma: either they have to modify the content of the adversarial and the inquisitorial categories, or they have to remove this jurisdiction from either the adversarial or the inquisitorial system. The Lowest-common-denominator approach does not provide a clear answer for dealing with this dilemma.” (LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 1-64, 2004, p. 7).

⁵ As expressões *common law* e *civil law* são polissêmicas. Neste trabalho, a primeira é utilizada com o sentido de ordenamentos jurídicos influenciados pelo ordenamento inglês, e a segunda, para se referir àqueles baseados nas tradições legais continentais. Para extensa análise das acepções dos termos e da utilização dessa classificação, veja-se SIEMS, Mathias. *Comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 41-72.

⁶ Langer esclarece: “For instance, the trial by jury or the hearsay rule would be features of the adversarial system if all common law jurisdictions included these elements at a certain moment in time.” (LANGER, Máximo. Op. cit., p. 7).

⁷ A propósito, Langer explica: “Second, it is also not clear how to distinguish between the primary and secondary features of both systems. In other words, the lowest-common-denominator approach does not provide an answer to why certain features are more relevant than others in distinguishing the two systems. Third, this approach does not seem useful in analyzing hybrid systems, which have been influenced by both legal systems” (ibidem, p. 7-8).

⁸ Langer, ao valer-se dessa terminologia (“tipos ideais”), faz alusão à metodologia weberiana. Traz, em sua análise, a interpretação dada por Max Rheinstein sobre Weber: “Situations of such ‘pure’ type have never existed in history. They are artificial constructs similar to the pure constructs of geometry. No pure triangle, cube, or sphere has ever existed. But never could reality have been penetrated scientifically without the use of the artificial concepts of geometry. For the ‘pure’ concepts created by him, Weber used the term ‘deal type’. The ‘ideal types’ [...] are simply mental constructs meant to serve as categories of thought the use of which will help us to catch the infinite manifoldness of reality by comparing its phenomena with those ‘pure’ types which are used, so to speak, to serve as guide in a filing system.” (ibidem, p. 8).

⁹ Damaška esclarece que “Just as a particular building can be ‘recognized’ in terms of an architectural style, so an existing process can be assigned to a type. Thus conceived, the typology can be used as a neutral map

analisar as influências do *plea bargaining* estadunidense sobre alguns ordenamentos de tradição continental, recorre a essa perspectiva, justificando-a não só, mas principalmente, pela sua utilidade para a identificação das diferenças relevantes entre os sistemas e, assim, servir de parâmetro para a análise de fenômenos de influências entre sistemas¹⁰.

Em vista das observações destacadas, opta-se pela segunda metodologia, qual seja, a dos “tipos ideais”, propugnada por Weber, segundo a qual não são constatáveis, na realidade prática, sistemas que correspondam *in totum* aos tipos definidos¹¹. Assim, como demonstrado por Langer, o resultado do estudo das influências de um sistema jurídico sobre outro dá-se de melhor forma. Passa-se, então, à construção desse “tipo ideal”, isto é, do processo penal *adversarial*.

1.1.2 O processo penal *adversarial*

A correta delimitação conceitual de processo *adversarial* é de suma importância para que se alcance o objetivo central deste trabalho, ou seja, identificar, com precisão, suas influências sobre a regulamentação da produção da prova oral no processo penal brasileiro.

Para isso, recorre-se ao destaque e à análise de três características identificadas por Damaška como atreladas à racionalidade da *common law*. Foram apontados como traços fundamentais peculiares e distintivos da estrutura e da lógica de interpretação desses

across.” (DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 5).

¹⁰ Na concepção do autor: “the use of ideal-types identifies the relevant differences between the adversarial and inquisitorial systems, and a change to the concrete criminal procedure of a system does not necessarily lead to changing or discarding the model. Instead, this approach only labels concrete criminal procedure as closer to or farther from the ideal-type. Additionally, the ideal-type approach may also be fruitful in analyzing hybrid criminal procedures like the international criminal tribunals by identifying those features that correspond with each type. The ideal-type approach also provides a useful framework for analyzing the phenomena of influences and legal transplantation between common and civil law procedures. First, by providing a clear axis of reference, this approach allows us to analyze the extent to which criminal procedures are transformed as a consequence of influences or transplantation. Second, to the extent that the concrete criminal procedures are closer to the ideal types, they explain the incentives and logic of the system so that it is possible to identify in advance potential foci of resistance to reform.” (LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 9).

¹¹ *Ibidem*, p. 8-9.

ordenamentos jurídicos¹² (1) o sistema *adversarial*; (2) a concentração procedimental do processo; e (3) a estrutura bipartida da primeira instância judicial.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que, se, por um lado, o escopo deste item é a delimitação do que se entende por “sistema *adversarial*”, por outro, a análise também das outras duas características apontadas por Damaška como distintivas dos processos relativos à *common law* é de conveniente auxílio à identificação da influência do sistema *adversarial* no sistema probatório brasileiro, já que na prática no mais das vezes elas se entrelaçam com essa concepção de processo.

Ainda em considerações preliminares, reconhece-se que o apontamento dessas características como os três elementos fundamentais da concepção de processos da *common law* se dá sob uma análise centrada na produção da prova – coadunando-se, assim, com o escopo do trabalho. Damaška alerta que há quem elenque o fato de a decisão se dar por um jurado leigo como a principal característica desses processos. Para o autor, não se trata de uma visão tecnicamente equivocada, e sim de uma apreciação feita em contexto diverso – tendo como parâmetro a ótica das regras de exclusão probatória (*exclusionary rules*)¹³.

Passa-se, assim, à análise das características apresentadas.

1.1.2.1 Características do processo *adversarial*

A primeira característica distintiva dos sistemas processuais relacionados à *common law* é o seu caráter *adversarial*. Denomina-se *adversarial*, pois a concepção que se tem do processo, conforme essa classificação, é a de uma disputa.

Por ser uma contenda, ela se dá de modo agressivo, com todas as decorrências dessa feição refletidas no âmbito processual. A ética dos advogados e a imprescindibilidade das

¹² A propósito, “The synergy of arguments based on these three institutional factors will turn out to be so important as a justification for the Anglo-American fact-finding style that each can be viewed as a supporting pillar: take away any of these three factors, and then the distinctive common law doctrines and practices require a new interpretive frame in order to maintain their vitality – indeed, to survive.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven and London: Yale University Press, 1997. p. 4).

¹³ Damaška explica: “Which of these two accounts is found more compelling depends in some measure on the particular facet of the fact-finding style being singled out for examination. If attention is fastened on proof-taking, its competitive features can directly be credited to the adversary system. With regard to some exclusionary rules of evidence, the jury trial seems the more fitting explanation.” (ibidem, p. 2).

suas atuações, bem como o papel não colaborativo que assumem, tornam-se questões pelas quais a doutrina estadunidense constantemente se debruça¹⁴.

O sistema *adversarial* se desenvolve, fundamentalmente, na medida em que incumbe às partes – e somente a elas –, por meio de seus representantes¹⁵, a apresentação das suas respectivas teses independentes perante um órgão julgador que deve atuar de modo imparcial¹⁶.

No que tange à imparcialidade do julgador, faz-se um adendo. Algumas expressões são utilizadas simultaneamente em contextos distintos. É o caso de julgador imparcial. Até mesmo pela própria noção difundida de devido processo legal, a expressão processo penal

¹⁴ Destacam-se os seguintes doutrinadores: WASSERMAN, David. Should a good lawyer do the right thing – David Luban on the morality of adversary representation. *Maryland Law Review*, v. 49, Issue 2, p. 392-423, 1990; BERGER, Todd. The ethical limits of discrediting the truthful witness: how modern ethics rules fail to prevent truthful witnesses from being discredited through unethical means. *Marquette Law Review*, v. 99, Issue 2, p. 283-362, Winter 2015, passim; BLINKA, Daniel D. Ethics, evidence, and the modern adversary trial. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 19, Issue 1, p. 1-58, 2006, passim; CRAMTON, Roger C. Furthering Justice by improving the adversary system and making lawyers more accountable. *Fordham Law Review*, v. 70, Issue 5, p. 1599-1614, 2002, passim; LAWRY, Robert P. Lying, confidentiality, and the adversary System of Justice. *Utah Law Review*, v. 1977, Issue 4, p. 653-696, 1977, passim; NELSON, William E. Moral ethics, adversary justice, and political theory: three foundations for the law of professional responsibility. *Notre Dame Law Review*, v. 64, Issue 5, p. 911-931, 1989, passim; RHODE, Deborah L. Legal ethic in an adversary system: the persistent questions. *Hofstra Law Review*, v. 34, Issue 3, p. 641-672, Spring 2006, passim; SALTZBURG, Stephen A. Lawyers, clients, and the adversary system. *Mercer Law Review*, v. 37, Issue 2, p. 647-700, 1986, passim; e TOMKOVICZ, James J. An adversary system defense of the right to counsel against informants: truth, fair play, and the Massiah Doctrine. *U.C. Davis Law Review*, v. 22, Issue 1, p. 1-92, 1988, passim.

¹⁵ Apesar de a representação das partes não ser necessariamente uma condição para o desenvolvimento da contenda, a participação de profissionais treinados no discurso jurídico mostra-se essencial para que a disputa se desenvolva em termos satisfatórios para essa racionalidade decisória. No Capítulo 2 será demonstrada a relevância do papel do advogado de defesa no surgimento da concepção *adversarial* de processo criminal na Inglaterra, e nos capítulos, em que se analisa a legislação brasileira, essa ideia será trabalhada com mais profundidade.

¹⁶ Sobre o tema, Damaška disserta: “By *adversary* I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 74, grifo do original). Nessa mesma direção, veja-se: “The fundamental expectation of an adversarial system is that out of a sharp clash of proofs presented by litigants in a highly structured forensic setting will come the information upon which a neutral and passive decision maker can base a satisfying resolution of the legal dispute” (LANDSMAN, Stephan. Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England. *Cornell Law Review*, v. 75, Issue 3, p. 497-609, Mar. 1989-1990, p. 500).

com julgador parcial é um contrassenso¹⁷. A acepção atual de processo não acolhe a ideia de um julgador manifestamente parcial, pois a imparcialidade lhe é inerente¹⁸.

Vista a problemática sob um aspecto mais amplo, a imparcialidade consistirá, *a grosso modo*, na atividade subjetivamente desinteressada do julgador¹⁹. A questão é que seu conteúdo e significado, em panoramas distintos, refletem ideias mais ou menos abrangentes dos limites das atuações dos julgadores no âmbito do processo²⁰.

Assim, em um cenário dominado pela racionalidade *adversarial*, a prática tem demonstrado que a imparcialidade requer neutralidade e, por isso também, passividade²¹. Nessa esfera, costuma-se considerar que a atuação do julgador em atividades investigatórias ou instrutórias consiste em um obstáculo à sua capacidade de proferir uma decisão justa, pois, ao não assumir a postura de mero espectador, ele pode atuar com prejuízos²².

¹⁷ A propósito, Aroca explica: “El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica con la esencia procesal de que ante un tercero imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo, pues algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso.” (AROCA, Juan Montero. El significado actual del llamado principio acusatorio. In: COLOMER, Juan-Luis; CUSSAC, José-Luis. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 320).

¹⁸ Zilli pondera: “Na mesma esteira, a imparcialidade é uma decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não vinha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 140).

¹⁹ Para análise mais aprofundada do tema, veja-se Zilli (ibidem, p. 140-145) e, em estudo recente, outra obra do autor, O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045 (projeto do novo código de processo penal). In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 387-414).

²⁰ Na visão de Damaška, “the allocation of control over processes of the fundamentals of evidence in party-controlled and officialized fact-finding systems, numerous subtle disparities come into view: seemingly identical concepts exhibit slightly different connotations” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 76).

²¹ Reamey alerta: “As has been discussed extensively by many capable comparativists, this feature relegates the common law trial judge to the role of neutral referee, rather than an active participant in gathering of evidence and its presentation at trial. Lawyers (advocates) shape and control the investigation, accusation, trial and appeal of the case.” (REAMEY, Gerald S. Innovation or renovation in criminal procedure: is the world moving toward a new model of adjudication. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 27, n. 3, p. 683-746, 2010, p. 699).

²² Sobre essa atuação do julgador, Zilli argumenta: “Embora uma postura imparcial do julgador constitua uma expectativa lógica, tanto no sistema inquisitorial quanto no ‘adversarial’, somente neste último é que se exige a sua passividade. A bem da verdade, é a inércia daquele que assegurará a neutralidade indispensável para que uma decisão justa venha a ser obtida. Os defensores do sistema ‘adversarial’ adotam a premissa segundo a qual qualquer envolvimento do julgador na atividade instrutória seria pernicioso para o resguardo da sua imparcialidade. Sustentam que uma atuação positiva conduziria ao estabelecimento, ainda que inconsciente e não desejado, de valorações e diagnósticos preliminares sobre uma dada prova e, por consequência, na fixação de conclusões que assumiriam contornos de definitividade, impedindo, assim, o conhecimento e a assimilação de outras provas.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Op. cit., p. 47). Em igual sentido, Belliotti assim se manifesta: “Our adversary system charges a neutral, passive fact finder with the responsibility of resolving the often sharply conflicting versions of evidence presented by the parties. Again, this aspect of our adversary system is designed to hold the truth in suspension until complete evidence is submitted so as to prevent the risk

Essa temática, no tocante aos ordenamentos tradicionalmente *inquisitoriais*, é vista de outro modo. Em suma, a racionalidade *inquisitorial* é compatível com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal – desde que de modo residual –, pois, em tese, ela representa um incremento epistêmico ao processo, na medida em que proporciona mais informações para que o julgador aprecie na formação da sua convicção. A problemática da manutenção da imparcialidade se resolve, nesses casos, com a conclusão de que o juiz, ao fazer uso dessa faculdade, não sabe se o resultado será benéfico para alguma parte ou, ainda, para qual delas, inexistindo razão para se crer que ele atua, deliberadamente, em auxílio a uma delas, mas sim com o objetivo de aumentar a quantidade/qualidade dos elementos de informação para que possa proferir a decisão mais acertada possível²³.

Somado a isso, o aspecto combativo do sistema *adversarial*, por si só, também se opõe à atividade instrutória do juiz. Como “disputa justa”, que pressupõe paridade entre as partes, qualquer atuação direcionada para a reunião e apresentação de provas por quem não seja parte se confunde com auxílio e, por conseguinte, com causa de injustiça – para além da imparcialidade, em um sentido de desequilíbrio de forças, de afronta à isonomia²⁴. Fica evidente, assim, que a atuação probatória do julgador é rejeitada com mais de um fundamento pelo sistema analisado. Trata-se, assim, efetivamente de uma incompatibilidade sistêmica.

Em continuação da análise do desenvolvimento da disputa nos moldes *adversariais*, como os únicos legitimados a apresentar teses são as respectivas partes, também lhes são exclusivas as funções de seleção e apresentação do material probatório que servirá de suporte às suas próprias versões. Nesse sentido, o processo assume ares de embate

of a premature commitment to a result.” (BELLIOTTI, Raymond A. Our adversary system: in search of a foundation. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 1, Issue 1, 19-34, Jan. 1988, p. 21).

²³ Na visão de Zilli, “De qualquer modo, uma iniciativa instrutória do julgador não pode ser considerada, desde logo e sem qualquer exame mais detido de todas as circunstâncias processuais que a cercaram, como incompatível com a imparcialidade que é exigida desse sujeito processual. Como observado, a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes [...]. Há, portanto, que se romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é impossível com a imparcialidade. Primeiramente, porque, ao assim proceder, o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por consequência, quem será porventura beneficiado” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 143-144).

²⁴ A propósito, “Since proof-taking divides into two contrary cases managed by counsel for parties, the court’s sharing of evidentiary burdens with either party is difficult to organize or even to conceive. For if the judge were to take substantial role in evidence-gathering, his activity instantly would translate as help offered to one side in a conflict – that is, a prejudice, bias, and an abdication of judicial neutrality.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 82).

entre estratégias, e esse é o aspecto que transmite às partes (e seus advogados) o seu controle²⁵. Como consequência, gera-se uma polarização na produção da prova, o que, por sua vez, também implica determinadas peculiaridades do sistema *adversarial*. Novamente, surgem as já citadas disparidades entre conceitos aparentemente idênticos.

Na explicação de Damaška, uma vez que no sistema *adversarial* as provas trazidas ao processo naturalmente se associam às partes²⁶, a preocupação com a possibilidade de falseamento/distorções do material apresentado torna-se constante, e a ideia da aplicação de um contraditório imediato adquire mais relevância²⁷. Dessa assertiva, infere-se não que o contraditório imediato não tenha espaço nos sistemas *não adversariais*, pois, definitivamente, ele o tem e é imprescindível²⁸, mas a sua concretização, nos esquemas competitivos de determinação dos fatos, ocorre em frequência e obstinação consideravelmente maiores²⁹.

Ademais, surgem também variações no tocante aos conceitos de relevância e pertinência na admissão probatória³⁰. Isso porque o conceito de comunhão das provas³¹,

²⁵ Landsman explica que “The second element of adversarial justice, and an obvious concomitant of the first, is litigant responsibility for the production and quality of the proof upon which the case is to be decided.” (LANDSMAN, Stephan. Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England. *Cornell Law Review*, v. 75, Issue 3, p. 501).

²⁶ O autor pondera: “As an initial matter, consider the deposit of adversary assumptions in dominant Anglo-American reactions to means of proof. Because counsel for the parties search for the evidentiary material, sift it, prepare it, and develop it in a manner that best advances their client’s interests, all means of proof are readily associated with one or the other party. A radical expression of this association is the proprietary concept of evidence, according to which the witnesses ‘belong’ to their proponents: the party vouches for them and can challenge their trustworthiness only in narrowly circumscribed situations.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 76).

²⁷ Ainda, Damaška elucida: “In light of what has just been said about this association in party-driven proceedings, it is not surprising that anxiety about potentially misleading information reaches its highest point in Anglo-American justice. Here, it is vitally important that each party have an immediate opportunity to challenge sources of information presented by the opponent. The right to cross-examine is enveloped with clouds of eulogy, almost apotheosized for its role in truth-discovery.” (ibidem, p. 79).

²⁸ Para uma análise desse aspecto dos ordenamentos *não adversariais*, veja-se a obra de Damaška (ibidem, p. 80-81).

²⁹ Veja-se próximo item deste Capítulo.

³⁰ Sobre o tema, veja-se VIEIRA, Marcelo Vinicius. *Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício*. 2017. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, passim.

³¹ Ao tratar da produção de provas e sua valoração, Badaró assinala: “Em um sistema em que somente as partes pudessem produzir provas, sendo o juiz absolutamente inerte, o não se desincumbir do encargo de provar necessariamente acarretaria a derrota processual. Todavia, nos sistemas em que o juiz possui poderes instrutórios, ainda que de forma subsidiária, o ônus da prova sofre uma atenuação. Como facilmente se percebe, mesmo que a parte não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque o juiz acabou determinando a produção de uma prova que demonstrou um fato favorável à parte que se omitiu em prová-lo. Por exemplo, mesmo que o Ministério Público não tenha produzido prova suficiente da autoria, é possível que o juiz determine a produção de uma prova de ofício, que demonstre que o acusado cometeu o crime. Por outro lado, há a regra da comunhão ou aquisição da prova; uma vez produzida a prova, o juiz poderá valorá-la, independentemente da parte que a produziu. Assim, a prova produzida por uma parte poderá ser valorada em favor da outra parte. Diante de tal regra, ainda que uma das partes não se

harmônico com um esquema colaborativo de determinação dos fatos, revela-se incompatível com o sistema *adversarial*. Neste, admite-se, em apertada síntese, apenas elementos relevantes e pertinentes à demonstração da tese daquele que a introduz. Uma parte, por essa racionalidade, não pode, por exemplo, trazer ao processo elementos que, por um lado, em nada fortaleçam a sua tese, mas que, por outro, supostamente sirvam à tese contrária³². Há limites, segundo essa visão, inclusive ao contraexame³³ das testemunhas, no qual não se pode pretender algo que não refutar os elementos por ela trazidos, em respeito, assim, aos limites da quase “propriedade” da testemunha.

Cumprindo ainda destacar a influência que a concepção central de cada sistema processual exerce na questão da naturalidade com que se dá a exclusão de provas. Esta, em um sistema probatório que circunda a ideia de acerto dos fatos, que dá prioridade à função epistêmica do processo – e este é o caso dos sistemas *não adversariais* –, pode até ser admitida (e, de fato, em geral o é), mas certamente soa como contraditória à ideia-base que fundamenta o sistema.

Já no que diz respeito ao sistema *adversarial*, Damaška alerta que tradicionalmente se justificam as regras de exclusão probatória com enfoque no fato de o julgamento ser realizado por julgadores leigos (jurados), mas ressalta que a competitividade que fundamenta a determinação dos fatos também atua na justificação de regras dessa natureza. Essa observação torna-se relevante, pois nem todo ordenamento que adota um sistema *adversarial* possui, necessariamente, um modelo de julgamento realizado por juízes leigos. Com essa

desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque a outra parte acabou produzindo uma prova contrária ao seu próprio interesse e favorável à parte que se omitiu em prová-lo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 425).

³² Na concepção de Damaška, “These discrepant meanings of burdens of proof have ramifications capable of spreading into remote corners and crevices of evidentiary doctrine. Consider the following example. Where fact-finding is officially controlled, it is of no import which side of a lawsuit is favored by an item of evidence: what counts is only whether the item in question helps to further the factual inquiry. But under the competitive fact-finding scheme, this is not the case. Suppose that through miscalculation or for some tactical reason a litigant proffers an item of evidence capable of helping his adversary. If the latter plans to introduce this item himself, or wants to leave it out of the lawsuit altogether, he is likely to object to the admission of this item into evidence, claiming that it is ‘irrelevant’ to the proponent’s case. Even relevance, seemingly a purely probabilistic concept, can thus acquire an adversary twist.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 83).

³³ Assuma-se o sentido de contraexame como o da fase do exame cruzado em que a parte contrária àquela que apresentou determinada testemunha a inquirir em juízo. Adota-se, aqui, a nomenclatura utilizada por Márcio Arantes Filho: “Portanto, com vistas a melhor compreensão do tema, traduziremos o procedimento probatório ‘cross-examination’ por exame cruzado e suas sucessivas fases – ‘examination-in-chief’, ‘cross-examination’ e ‘re-examination’ – por *exame direto, contraexame e reexame*.” (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Brito. *O cross-examination como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. 250 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, f. 64, grifo do original).

visão, ainda no caso de julgamentos realizados por juízes técnicos, logicamente se sustenta um arcabouço que dê relevante destaque para regras de exclusão probatória, sem que seja, de certo modo, incompatível com a espinha dorsal do processo³⁴.

Especificamente no tocante aos testemunhos de segunda mão (*hearsay evidences*), Damaška desenvolve esse argumento. Afirma que a sua aversão, em geral, pode ter fundamentos determinantemente epistêmicos, mas não só. Para além disso, a ideia da rejeição desses testemunhos se coaduna, inevitavelmente, com um esquema competitivo de determinação dos fatos uma vez que a disputa fica efetivamente comprometida com a impossibilidade de se escrutinar determinado elemento probatório³⁵. À semelhança do exposto, Alex Stein aponta como o principal fundamento da regra da inadmissão de *hearsay evidences* no processo penal o fato de a sua aceitação não oportunizar, de maneira justa, que o acusado participe amplamente da produção das provas incriminadoras³⁶.

Por fim, é de grande utilidade a apresentação das metáforas utilizadas no âmbito do processo *adversarial*, pois, quando analisadas em suas devidas proporções, auxiliam na compreensão da essência daquilo que pretendem representar³⁷. Em estudo específico sobre o tema, Elizabeth Thornburg identificou que, no caso do sistema processual *adversarial*, é muito frequente recorrer-se a duas³⁸ alegorias de representação: à de batalha (ou duelo, guerra) e à de jogo/esporte.

³⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 84-86.

³⁵ *Ibidem*, p. 79-80.

³⁶ Na defesa de seu ponto de vista contrário aos *hearsay evidences*, Stein argumenta: “Arguably, a criminal defendant’s right to cross-examine prosecution witnesses and the consequent exclusion of hearsay statements should also be perceived as belonging to the family of participation rights that are valuable per se. Hearsay evidence is not inadmissible because of the risk of error that its admission would produce. It is inadmissible because forcing a person into a criminal trial without providing her or him a fair opportunity to confront adverse witnesses is devoid of political warrant. Findings made upon testimonial accounts untested by cross-examination may well be accurate. Their accuracy is not the issue. The issue is whether the community in which criminal trials are conducted without full participation of the accused is attractive in moral and political terms” (STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 31).

³⁷ É o que demonstra Thornburg ao explicitar: “Most people first learned to think about metaphor as a mere poetic or rhetorical device, something to make the use of words more colorful or persuasive. Modern psychological and linguistic researchers, however, have demonstrated that metaphor is much more fundamental, not a matter of words but a matter of thought. Indeed, most of anyone’s ordinary conceptual system is metaphorical in nature. Each culture has unique foundational metaphors which play a part in shaping the way members of that culture conceptualize their experience. Identifying those metaphors provides valuable clues about how a society thinks about things and defines its reality.” (THORNBURG, Elizabeth G. *Metaphors matter: how images of battle, sports, and sex shape the adversary system*. *Wisconsin Women’s Law Journal*, v. 10, Issue 2, p. 225-281, Fall 1995, p. 229).

³⁸ Thornburg apresenta o sexo como uma terceira categoria de metaforização do sistema processual penal estadunidense. Todavia, como alerta a autora, a utilização dessa metáfora no sentido enfatizado engloba uma concepção muito específica de sexo, qual seja, a de um ato de dominação, e que se aproxima, assim, da metáfora do combate. Por essa razão, e por de fato a alusão ao sexo ser muito menos frequente na literatura jurídica estadunidense, optou-se por não lhe dar destaque. Na expressão de Thornburg: “The sexual metaphors for

Essas metáforas, de certa maneira, contemplam e estimulam a concepção dos aspectos de competitividade e de vitória no processo. Combates, assim como guerras, jogos ou esportes, possuem lados contrapostos, distintos, que não devem poupar esforços para a obtenção de resultados melhores que os de seus antagonistas, conquistando, assim, a vitória. Na concepção de Thornburg, as mensagens que se extraem dessas metáforas são as de que o sistema judicial *adversarial* é altamente competitivo, bipolar (perder/ganhar) e centrado nos interesses das partes. Os litigantes não têm relação alguma entre si – exceto pelo fato de serem adversários e de seus objetivos serem completamente antitéticos. O propósito da litigância é vencer, uma parte ser melhor que outra. No caminho para a consecução desse objetivo o único dever do representante legal das partes é para com os interesses daquela que representa. Qualquer um que se encontre na posição de ter que entrar nessa disputa pode proteger-se contratando o seu próprio “campeão”³⁹.

A autora lembra que, por exemplo, no caso específico dos jogos, essa metáfora impõe o máximo de esforço dos representantes das partes para que suas teses prevaleçam ao destacar que o “grande pecado” na disputa de um jogo não é jogá-lo com demasiado afinco, e sim não o levar a sério – em outras palavras, poupar esforços⁴⁰.

Como resultado da ideia de processo como disputa, extrai-se que a gestão probatória, o controle sobre a busca, apresentação e produção de elementos que servirão para a formação da convicção dos órgãos decisórios será das partes, as protagonistas desse esquema de resolução de conflitos. Deduz-se disso, também, que aqueles aos quais se designam papéis de decisão no tocante ao processo – juiz e jurados, cada um na sua esfera de atuação, mas ambos com funções decisórias – devem manter-se, em geral, inertes, sob pena de desequilíbrio da justa batalha entre as partes. Suas funções se limitam pela

litigation are much more underground than the other metaphors and therefore harder to document. One hears them mostly in lawyers' offices and in continuing legal education speeches. These metaphors, however, definitely exist. In part, they are tied to the system of war metaphors, since sexual imagery has long been a part of the world of warfare. They are also part of a conceptual system that links male sexuality with conquest, sex with power. For these sexual metaphors are not images of mutually pleasurable adult relationships; they are images of domination and aggression.” (THORNBURG, Elizabeth G. *Metaphors matter: how images of battle, sports, and sex shape the adversary system. Wisconsin Women's Law Journal*, v. 10, Issue 2, p. 240).

³⁹ Veja-se: “The war, sports, and sex metaphors portray the judicial system as highly competitive, bi-polar (win/lose), and client-centered. The litigants have no relationship to each other except as adversaries and their ends are completely antithetical. The purpose of litigation is to win, to be better than the opposing party. In achieving this goal, the only duty is to the client; anyone else who wanders into the war zone or playing field can protect herself only by hiring her own champion. And by winning the litigation battles and games, the litigator powerfully demonstrates his manhood.” (ibidem, p. 242).

⁴⁰ Na expressão de Thornburg: “The complex use of game metaphors also reinforces competitive values and behavior. The sin here is not playing too hard, but failing to take the game seriously.” (ibidem, loc. cit.).

concepção de justiça inerente ao processo, razão pela qual a intervenção no jogo só se justifica em um contexto de asseguramento de respeito às regras.

Em suma, propõe-se, aqui, o entendimento do processo *adversarial* como aquele cuja definição dos fatos se dá em razão do desempenho das partes em uma “disputa justa”, por meio da qual se lhes incumbe a gestão probatória.

1.1.2.1 Concentração procedimental e bipartição judicial

Abstratamente, conforme já sublinhado, para que se considere um sistema processual como *adversarial* à luz da metodologia adotada, ele deve corresponder ou se aproximar do “tipo ideal” definido como processo *adversarial*. Há, porém, duas características que se associam fortemente aos sistemas processuais de ordenamentos da *common law* e que, apesar de independentes do caráter *adversarial*, com ele se interconectam. Trata-se da concentração procedimental e da bipartição do órgão decisório. Suas análises são úteis para os fins deste trabalho porque, por estabelecerem uma relação tão próxima com o sistema *adversarial*, podem representar vestígios das aproximações ou distanciamentos que se buscam.

Em relação à concentração procedimental dos atos do processo, Damaška ressalta como suas decorrências, tipicamente encontradas nos ordenamentos ligados à *common law*, a limitação do banco de dados probatórios⁴¹, a proibição dos testemunhos de referência⁴², as sanções pela apresentação tardia de provas⁴³ e a imediação da produção das provas⁴⁴.

No caso da proibição dos testemunhos de referência, a ideia de um esquema competitivo de determinação dos fatos, por si só, já é capaz de fundamentá-la⁴⁵. Da concentração procedimental, porém, também decorrem fundamentos que embasam a mesma ideia. De modo sucinto, Damaška argumenta que, no caso dos processos que se estendem

⁴¹ Veja-se DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 61-64.

⁴² *Ibidem*, p. 64-65.

⁴³ *Ibidem*, p. 65-68.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 68-73. Para os fins desta dissertação, assume-se a definição de imediação proposta por Décio Alonso Gomes: “Ao fio do exposto, é possível apontar um conceito próprio, que assevere que o princípio da imediação consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre o juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 56).

⁴⁵ Veja-se nota de rodapé nº 36 desta dissertação.

temporalmente, as oportunidades de identificar incoerências entre os testemunhos de segunda mão (*hearsay evidences*) e os originais e, desse modo, refutá-los, são mais amplas. *A contrario sensu*, essas possibilidades são muito mais restritas em procedimentos concentrados, razão pela qual, nestes, faz mais sentido rejeitar tal espécie de elemento informativo⁴⁶.

A imediação da produção das provas que se favorece com a realização de todo o procedimento em um curto lapso temporal serve, também, para intensificar o nível de confronto com o qual se dá uma disputa, como vislumbrar-se-á nas ideias apresentadas no item 1.4. E aumentar a combatividade no âmbito da produção da prova é, sob a racionalidade de uma determinação competitiva dos fatos, fundamental para que esta se concretize. Nesse aspecto, portanto, detecta-se outro ponto de convergência entre essa concepção de processo e a concentração procedimental.

No tocante ao sancionamento por apresentação tardia de provas – ligado à concentração procedimental na medida em que não cabe a introdução de elementos informativos fora da duração do processo, a qual, no caso, é curta –, pode-se relacioná-lo ao sistema *adversarial*, pois, à sua maneira, delimita um campo espacial e um lapso temporal em que uma disputa pode desenvolver-se. Embora não se desconsidere que esta pode dar-se de maneira prolongada, propugna-se, para a elevação da combatividade à categoria de definidora dos fatos, ser mais adequado sua ocorrência de modo concentrado, e, nesse ponto, os elementos comparados novamente se combinam.

Por fim, a questão da limitação dos elementos probatórios utilizados – deduz-se da concentração procedimental uma necessidade de restringir, em termos de quantidade e de qualidade (neste caso, permitindo-se apenas informações que digam respeito à tese central

⁴⁶ Sobre esses testemunhos, Damaška anota: “When a witness reproduces any person’s out-of-court statement, or when that statement is contained in a document, there is enough time in the unhurried atmosphere of Continental litigation to seek out this person for presentation in court – at the next procedural installment, if necessary. And if this person’s court testimony differs from that quoted by the hearsay witness, the court has heard them both and is in position to evaluate relative trustworthiness. Due to comparatively informal style of adducing evidence that prevails on the Continent – of which more in the next chapter – the hearsay witness and the declarant can even be made to confront each other. And if the declarant turns out to be unavailable, normally there is sufficient time before the next installment to collect the information necessary to gauge his credibility. Also, if hearsay evidence is relied upon by the court of first instance, the retrial of factual issues on appeal in Continental court provides yet another opportunity to check the information bearing on the reliability of derivative statement. Day-in-court trials gave rise to a different attitude toward hearsay. If secondhand information were freely admissible in this context, the party affected would rarely be able to find enough time to track down and produce the original declarant. [...] All things considered, the presumptive ban on its use appears as a good prophylactic measure to counteract the defects of derivative informational sources.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift*, p. 65).

das partes) – amolda-se a um esquema de definição competitiva dos fatos ao se observar que, na formação do convencimento do julgador – o qual se dá pela determinação do “vencedor” da contenda –, uma quantidade muito alta de informações probatórias pode diluir a *performance* dos atores processuais, diminuindo, assim, a sua relevância⁴⁷. No caso da limitação qualitativa, ressalte-se que a introdução de elementos que não se refiram exatamente à tese de quem os apresenta (ou elementos acessórios) – dos quais, portanto, não se pode claramente prever que serão trazidos – reduz as possibilidades de confrontação sobre o que lhes diz respeito e, desse modo, opõe-se à concepção *adversarial* de determinação dos fatos.

Já no que tange à estrutura bipartida dos órgãos decisórios, esta consiste no fato de se dividir – ao menos em primeiro grau de julgamento – as tarefas judiciais de decisão do mérito final para um ator processual (leigo) e de asseguramento da legalidade e questões como a análise da admissibilidade de provas a outro (profissional)⁴⁸.

A clara definição e diferenciação entre a fase anterior ao julgamento (*pretrial*) e a de julgamento (*trial*) é uma das consequências dessa estrutura.

Por conseguinte, essa característica reflete de modo explícito a preocupação profilática com as informações que chegarão ao conhecimento do julgador do mérito presente e tão intensamente ressaltada quando se pensa em processos relativos à *common law*. Damaška explica que, no mais das vezes, esse cuidado se justifica pelo fato de os jurados serem leigos, mas sublinha que esse não é necessariamente o único fundamento para que se previna o julgador do mérito de entrar em contato com elementos ilícitos, por exemplo. Isso porque o conhecimento do direito e a experiência dos julgadores definitivamente não os isentam da contaminação que o contato com determinados elementos indesejados pode causar, mesmo que optem por conscientemente excluí-los da avaliação⁴⁹.

⁴⁷ A limitação do banco de dados de elementos probatórios pode, todavia, dificultar a resolução de casos complexos. E, nesse sentido, vislumbra-se outra conexão entre a concentração procedimental e o sistema *adversarial*, já que parte da doutrina vê, nessa racionalidade de determinação dos fatos, a mesma deficiência. Ao tratar do tema, Sward expõe: “Many recent innovations in procedure have substantially modified the adversary system. These modifications have not been uniform. The adversary system remains more robust in some forms of litigation than others. Complex litigation, involving multiple parties or difficult scientific or social issues, is the area where the adversary system has undergone the most significant modification. The reasons, which are more fully developed later, ‘center largely on the need for a manager in such litigation-a task that often falls by default to the judge’.” (SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 301-365, Spring 1989, p. 326-327).

⁴⁸ Na expressão de Damaška: “A space for technical evidence law begins to open up only when the trial court is split into two parts – one lay, the other professional.” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law drift*, p. 26).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 54-57.

A concepção geral do sistema *adversarial*, por sua vez, harmoniza-se com a necessidade de que o julgador não faça uso de elementos inadmissíveis – que, em grande parte, impossibilitam o exercício da defesa de modo satisfatório – pois, desse modo, a competição ocorre em maior plenitude, da maneira como a racionalidade admite como justo. No sistema *inquisitorial* essa preocupação não é tão intensa, pois a ideia geral que o permeia naturalmente se aproxima mais, por motivos epistêmicos, do fornecimento da maior quantidade/qualidade de informações àquele cuja convicção determinará os fatos. A centralidade na figura do julgador, ademais, confere maior credibilidade à sua ponderação no que diz respeito a não proferir decisões eventualmente injustas, o que resulta em menor preocupação com a exclusão de elementos probatórios ilícitos ou ilegítimos.

Em suma, da estrutura judicial bipartida se extrai e se justifica a presença e a tecnicidade de regras de exclusão probatória, que por sua vez atuam de modo determinante a fortalecer a posição das partes como protagonistas do processo. Nesse ponto, nota-se considerável afinidade entre o sistema processual penal *adversarial* e a característica aqui discutida.

1.1.3 Críticas ao processo penal *adversarial*

Não obstante sejam inegáveis as muitas benesses⁵⁰ de um processo calcado na ideia de uma disputa entre adversários – que inclusive foram fatores determinantes na sua concepção na Inglaterra do século XVII e séculos seguintes –, é fato também incontroverso que um sistema como esse carrega consigo efeitos que, como aponta a doutrina, sob determinadas circunstâncias são inquietantes em termos de realização de justiça.

Propõe-se a realizar, no Capítulo 2, a reconstrução histórica do surgimento da ideia de um esquema competitivo de determinação dos fatos em matéria penal. Nessa reconstrução esclarecer-se-ão os fatores determinantes da formação do processo penal nesses moldes. Com isso, ficarão evidentes e contextualizadas também as origens das supostas falhas do

⁵⁰ Goodpaster apresenta interessante análise sobre as razões de fato que levam alguns ordenamentos a adotarem sistemas *adversariais*. Ao transitar sobre questões concernentes a quanto esse esquema de determinação dos fatos contribui em termos de epistemologia, justiça da decisão, proteção de direitos e garantias individuais e outros, o autor faz profunda incursão ao campo das vantagens da adoção de um sistema *adversarial* (GOODPASTER, Gary. On the theory of American Adversary Criminal Trial. *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), v. 78, n. 1, p. 118-154, 1987, passim).

sistema processual penal *adversarial*. Por ora, o conteúdo deste ponto limitar-se-á à exposição das questões negativas desse processo sinalizadas pela doutrina.

Faz-se a ressalva, antes, de que estudos de direito comparado inevitavelmente apresentam desafios que lhes são peculiares. De modo geral, apenas em hipóteses excepcionais a comparação entre dois sistemas, quando feita por apenas um indivíduo, não envolverá a visão do *outsider*, daquele que, a despeito da dedicação à pesquisa e do acesso a fontes primárias e de excelência, não vivencia e não foi educado segundo as concepções básicas do sistema que lhe é diferente⁵¹.

A visão do *outsider*, por sua vez, permeia riscos de má-compreensão do sistema diverso. Assim, optou-se por dedicar este ponto do trabalho à exposição das principais críticas elaboradas ao processo *adversarial* por aqueles que, de algum modo, vivenciam ou vivenciaram a realidade desse processo. Com isso pretende-se evitar a sugestão de mitos no tocante ao sistema alheio que se estuda para que, na medida do possível, priorize-se o seu exame analítico e neutro.

1.1.3.1 A implicação do poderio econômico

O primeiro dos pontos negativos do sistema *adversarial* apontado pelos seus críticos circunda a ideia de igualdade. Se esse sistema se caracteriza por um embate entre as partes (ou seus representantes), sem interferências externas, crendo-se que justa será a decisão que faça prevalecer a tese daquele que melhor desempenhar o seu papel, salta aos olhos a premissa básica desse método de determinação dos fatos – que não raras vezes se mostra equivocada.

Essa premissa diz respeito à igualdade das partes. Em diversos segmentos do direito e de outras áreas de conhecimento o estabelecimento de uma igualdade formal e a desatenção

⁵¹ Sobre o tema, Samuel argumenta: “Yet another methodological difficulty is encountered in comparative legal studies is one that involves the perspective from which the comparatist should operate. Assuming that, at the macro-level, there are considerable mentality and cultural differences between legal families or traditions – or indeed between national systems – the question arises as to whether a comparatist from one tradition or system, in order to understand the law of another tradition system, needs to become immersed in the mentality of the other. Can a common lawyer understand French law from the ‘outside’, so to speak, or must she become an ‘insider’ before she can properly comprehend this civilian system? Must one subjectively absorb the culture and mentality of the French lawyer?” (SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*, p. 60-61).

às acentuadas desigualdades materiais entre os indivíduos são considerados fontes de injustiças. Toma-se, aqui, como exemplo a liberdade indiscriminada de contratar, influenciada pelos valores burgueses-ocidentais⁵² que desconsideram as desigualdades reais entre as partes, para demonstrar que seus reflexos nas relações contratuais e de trabalho dos séculos XVIII e XIX foram, no mínimo, problemáticos para os lados hipossuficientes, pois serviram de suporte para a exploração desmedida dos que tinham pouco – ou nenhum – poder de barganha nessa seara⁵³. Mesmo o mais liberal dos tempos atuais há de concordar sobre a existência de limites no estabelecimento da igualdade legal entre indivíduos, sob pena da perpetração de injustiças jurídicas e sociais.

E é nesse limite que o efeito da riqueza surge como crítica ao processo penal *adversarial*. Para uma parte considerável da doutrina especializada no tema, o poderio econômico das partes, fator epistemologicamente irrelevante para o acertamento da decisão, influencia sobremaneira o resultado da disputa. Isso porque, se os combatentes não possuem paridade de armas, se há um patente desnível entre os seus advogados/representantes pela simples razão de uma das partes não ter condições de contratar um profissional competente (ou, ao menos, tão competente quanto o da outra parte), não serão escassas as vezes em que aquele que possuir maior talento e condições de realizar uma melhor *performance* diante do Tribunal o fará, mesmo nas situações em que os fatos e a realidade não lhe derem suporte

⁵² A propósito, “A moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece, à luz da ideologia individualista dominante na época da sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. O conjunto das ideias então dominantes, nos planos econômico, político e social, constituiu-se em matriz da concepção do *contrato* como *consenso* e da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo. O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do *contrato* o instrumento jurídico por excelência da vida econômica. O processo econômico caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas exigia a generalização das *relações de troca* determinando o esforço de abstração que levou à construção da figura do *negócio jurídico* como gênero de que o contrato é a principal espécie. O *contrato* surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre os sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7, grifo do original).

⁵³ Gomes explica que “Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato. A suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os seus contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual levava em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a *liberdade de determinar o conteúdo* da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, *nova técnica de contratação*, simplificando-se o *processo de formação*, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.” (ibidem, p. 8).

para tal. Em outras palavras, o sistema legítima, em uma série de casos, uma decisão injusta, pois o fator “riqueza” prepondera⁵⁴, o que não é, em tempos atuais, epistemológica, política e muito menos moralmente aceitável. Enquanto aquele que possui plenas condições financeiras sempre poderá contar com uma *performance* de qualidade de seu advogado, mesmo nas hipóteses em que não fizer jus a uma decisão favorável, o que não as possuir, *a contrario sensu*, raramente contará com um bom desempenho, mesmo nas hipóteses em que fizer jus a uma decisão favorável⁵⁵.

⁵⁴ Sobre essa questão, Weinreb adverte: “Adversariness contributes greatly to the perception and the fact that justice is a commodity available, like others, for cash. (I say cash advisedly. Defense lawyers rarely accept IOUs.) Because the lawyers are in control, the quality of one’s lawyer is crucial. And, so it is assumed at any rate, the higher the quality, the higher the cost. That feature of our adversary system is not limited to the bizarre excess of the O. J. Simpson trial. It lurks in the shadows, for better or worse, of every trial. The Supreme Court has, to its discredit I believe, accepted with apparent equanimity the fact that the rich fare better than those less well off, with respect to criminal justice as with most things.³ Yet, which of us would say that a person’s wealth ought generally to be one of the factors that determines whether he will be found guilty and, if he is, how severely he will be punished? If we accept that, it can only be as a regrettable incident of a value that we are unwilling to sacrifice.” (WEINREB, Lloyd L. The adversary process is not an end in itself. *Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics*, v. 2, p. 59-64, 1999, p. 62). Nessa linha também se manifesta Anstead: “Therefore, the only way that the adversary system will truly work is to have competent representation on both sides. Today, however, one of the major points of litigation taking place in the criminal field, and especially in postconviction and habeas corpus relief, focuses on the competency of counsel. These two forms of relief serve to temper the adversary system through a safety mechanism because we will not accept unfair results based upon the lack of competent representation which carry such severe consequences.” (ANSTEAD, Harry Lee. Limitations of the adversary approach in our criminal justice system. *St. Thomas Law Review*, v. 9, n. 3, p. 493-504, Spring 1997, 500-501).

⁵⁵ Na visão de Frankel, “Because the route of a lawsuit is marked by a running battle all the way, the outcome is nothing like the assuredly right result imagined in our dream that ‘justice will out’. In that dream, neither eloquence nor lawyers’ techniques nor cunning has much place. The person who is ‘right’ should win. But that is very far from assured in the kind of contest we’ve been considering. Where skill and trickery are so much involved, it must inevitably happen that the respective qualities of the professional champion will make a decisive difference. Where sheer power and endurance may count, the relative resources of the clients become vital.” (FRANKEL, Marvin E. *Partisan Justice*. New York: Hill and Wang, 1980. p. 118). Nessa mesma linha caminha Strier: “Special advantages devolve to the rich because their wealth can buy the benefits of the new psychological advocacy technology. Only the wealthy can afford the expense of hiring a psychologist who can provide a variety of litigation support services. Witnesses, for example, can be taught to adopt a powerful speech style. Experiments show that jurors consistently assign more credibility to powerful speakers and give larger damage awards to plaintiffs whose witnesses use powerful speech. The psychologist may reveal insights to verbal and nonverbal juror behavior both during voir dire and during the trial. The psychologist may also help the attorney assess juror reactions to particular questions, arguments and overall strategy. To this end, some wealthy clients have even hired ‘shadow juries’ – groups composed of members of the community having the same demographic traits (age, sex, education, occupation, etc.) as the actual jury – as sounding boards. Similarly, only the rich can assume the cost of another burgeoning pretrial technique: conducting a survey of the community from which the jury panel will be drawn. The purpose is to ascertain the values and biases of prospective jurors – potentially gainful data during jury selection. From this, they can determine the demographic traits of those whose attitudes are most favorable (or unfavorable) to the client’s case.” (STRIER, Franklin D. Major problems endemic to the adversary system and proposed reforms. *Western State University Law Review*, v. 19, Issue 2, p. 463-492, Spring 1992, p. 476-477).

1.1.3.2 Os efeitos combativos

Outra mazela do processo penal *adversarial* sinalizada pelos seus observadores refere-se aos efeitos colaterais decorrentes da ideia de batalha que o permeia.

A primeira questão, o primeiro efeito criticado pela doutrina que essa ideia traz, diz respeito aos decréscimos epistêmicos (no tocante ao sistema *inquisitorial*) que a ela se associam, em razão do foco ser a disputa e, por isso, a gestão estar nas mãos dos combatentes⁵⁶. Como já observado, a ideia da promoção de uma competição justa se coaduna com exclusões e com limitações de introdução de material probatório⁵⁷.

Além disso, cada uma das teses apresentadas pelas partes usualmente virá realçada por seus interesses. Assim, a determinação de um vencedor, no mais das vezes, implica a consideração da sua tese – com todos os seus exageros e omissões – correspondente como verdadeira. Em suma, esse sistema preconiza que a vitória é mais importante que a verdade.

Outra decorrência do enfoque prioritário na disputa é concernente ao afinco com o qual ela se dá. A esse respeito, a explicação das metáforas e das suas implicações no ponto em que se define o sistema *adversarial* é de grande valia. A ideia de jogo não só exclui qualquer caráter colaborativo do esquema de determinação dos fatos, mas também sugere um conceito de que quase tudo é permitido e justificável – desde que não se trate, é claro, de violação explícita às regras do jogo necessárias para que ele exista.

Portanto, não só o momento de produção da prova que interessa à própria parte é terreno fértil para implementação de distorções – por exemplo, mediante a prática de instrução ou treino de testemunhas próprias (*coaching*)⁵⁸ –, mas como o contraexame,

⁵⁶ Frankel pondera: “Like any sweeping proposition, the claim that our adversary process is best for truth seeking has qualifications and limits recognized by its staunchest proponents. While it would not be essential, we have again the high authority of Supreme Court pronouncements noting that lawyers in the process are often expected, with all propriety, to help block or conceal rather than pursue the truth.” (FRANKEL, Marvin E. *Partisan Justice*, p. 12).

⁵⁷ Veja-se KESSEL, Gordon van. Adversary excesses in the American Criminal Trial. *Notre Dame Law Review*, v. 667, Issue 3, p. 403-552, 1992, p. 447-458.

⁵⁸ Sobre o assunto, anota-se: “Because the American practice of preparing witness is so wide open to the concoction of false stories or the severe editing of truthful ones, we are told that no ethical lawyer on the European Continent would do anything of the sort. At a halfway point, the English barrister, who in general is the trial lawyer, likewise avoids contact with witnesses before seeing them in the courtroom. But not so the English solicitor, who prepares the case to a considerable degree and ‘briefs’ the barrister. What that adds up to in practical reality is *terra incognita* to this writer and not essential research for present purposes. It seems enough to say, with confidence, that our own style of witness preparation and direct examination is a major

quando realizado com determinadas técnicas e intenções (compatíveis com a concepção *adversarial*), é capaz de confundir uma testemunha e fazer parecer aos jurados que elas mentem quando dizem a verdade⁵⁹.

É certo que ambas as partes terão as suas respectivas oportunidades de apresentar elementos do modo como desejarem e para contestar aqueles apresentados pela outra parte também como ambicionarem. O resultado, porém, leva a crítica não só a novamente apontar certo menosprezo para com a verdade por ambos os atores que dominam a atividade probatória, mas também a ressaltar que esse processo em muitos aspectos vitima as fontes pessoais de prova.

Não raras vezes as testemunhas estão em posição desconfortável e intimidada; são compelidas a comparecer e advertidas das consequências do perjúrio. Como esses indivíduos são detentores da informação que se pretende extrair, sofrem, necessariamente e de modo especial, os efeitos da disputa. Por serem fonte de provas, será diretamente sobre eles que as partes que pretendem a desconsideração das suas informações direcionarão seus esforços e toda a sua violência – aqui, não no sentido físico, mas moral. É com afincos e sem poupar esforços que, sob a racionalidade *adversarial*, permite-se que os depoentes sejam levados aos seus limites. Isso pode tanto desnaturar o resultado da extração dos elementos quanto causar sofrimento inestimável ao escrutinado – mormente aquele em situação vulnerável ou quando também vítima do crime discutido.

item of battle planning, not a step toward the revelation of objective truth.” (FRANKEL, Marvin E. *Partisan Justice*, p. 16).

⁵⁹ Essa eficácia da condução do interrogatório de uma testemunha é assim explicada: “Cross-examination is likewise, if sometimes more dramatically among the partisan arts of courtroom conquest. It undoubtedly happens, and with some frequency, that an untruthful witness, or one who exaggerates or colors what he knows, is exposed by effective cross-examination. But the skillful cross-examiner, whose assignment is to win, not merely or necessarily to arrive at truth, will undertake much more. He or she will employ ancient and modern tricks to make a truthful witness look like liar. As on direct examination, the cross-examiner will attempt to stop short of complete narratives, the test of high art being to know the stopping point most likely to discomfit the witness and score points for the cross-examiner’s side, not only without regard for the whole truth, but commonly through a triumphant perversion in the form of partial truth.” (ibidem, loc. cit.).

1.2 A epistemologia, a verdade e as opções político-morais

Questão que guia, sobremaneira, a estrutura de processo que um ordenamento jurídico adota diz respeito à função que dele se espera ver exercida⁶⁰. A concepção de processo como disciplina acessória e atrelada ao direito material foi há muito superada. A sua dimensão autônoma como ramo do direito, todavia, não exclui o seu caráter instrumental⁶¹.

O processo não pode ser um fim em si mesmo, mas, ao contrário, ele se presta à consecução de determinados objetivos e, por indução, constrói-se em torno desses fins o caminho para a sua realização.

O questionamento que se coloca no tocante ao processo penal, e que, portanto, vai determiná-lo, refere-se ao seu objetivo. A resposta a essa indagação abrange mais de um ponto, e algumas ponderações em separado fazem-se necessárias.

A primeira delas diz respeito à epistemologia e à verdade. É inconcebível a ideia de uma decisão judicial desatrelada dos fatos⁶². A atividade processual – em particular a atividade processual penal, que lida com valores especialmente caros ao indivíduo como a liberdade – desinteressada na determinação dos fatos de modo condizente com o que, de fato, aconteceu carece de fundamento lógico⁶³.

⁶⁰ Ao examinar os objetivos dessa função, Sward assevera: “The goals of adjudication are a starting point for assessing the values reflected in an adjudicatory system. The goals say something about the structure of society and how society views the role of authority. Similarly telling is society’s view of the importance and definition of ‘fair’ adjudication. Finally, the adjudicatory system reflects the relative importance that society places on individual and communitarian values.” (SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 303).

⁶¹ Vejam-se CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43-52.

⁶² Sward, ao se referir à importância do accertamento dos fatos, argumenta que se a única função do processo fosse a resolução do conflito, bastaria ao juiz decidir de maneira aleatória – atirando uma moeda para o alto, por exemplo. Todavia, esse tipo de decisão, em função do despreço pela verdade, careceria de legitimidade e dificilmente seria aceita pela sociedade. Nas palavras da autora: “Resolving conflicts is the primary goal of any procedural system. By providing a forum for conflict resolution and sanctions for failing to abide by decisions of that forum, society reduces its citizens’ desire for selfhelp. The result is a more orderly society. But if the goal were simply to resolve conflicts, it could be achieved by allowing a judge to flip a coin. Much of the agonizing over appropriate procedural rules could be avoided in such a system. Obviously, however, such a system would not be seen as fair: Victory would depend solely on a random event. Citizens would not voluntarily submit to such a system. The conflict resolution goal, then, is tempered by other goals that limit how conflicts can be resolved. The first of these goals is ‘truth.’” (SWARD, Ellen E. Op. cit., p. 303-304).

⁶³ Apesar de as lições de Taruffo, na obra específica a seguir, serem atinentes ao processo civil, são aplicáveis ao processo penal desde que analisadas em suas devidas proporções (TARUFFO, Michelle. *A prova*. Traduzido por João Miguel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22). O autor explica: “Uma boa maneira de harmonizar as perspectivas divergentes gira em torno da suposição de que a melhor solução possível para uma

Por sua vez, objeto de debate tanto na doutrina brasileira como na estrangeira é a possibilidade de se reconstruir, no Tribunal, os fatos exatamente como ocorreram, com aspecto de certeza absoluta ou verdade. É pacífica a visão dessa impossibilidade e da impropriedade dessa pretensão. Taruffo, ao tratar do tema, leciona que os fatos, do modo como ocorreram, no plano da realidade, não são mais tangíveis e constatáveis, apenas reconstruíveis. O que se decide no curso do processo, sempre de modo relativo⁶⁴, é a veracidade ou não dos enunciados fáticos determinados/propostos pelos atores processuais⁶⁵.

Posta essa ressalva e firmada a noção da impropriedade da pretensão de estabelecimento da verdade no curso do processo, persiste o desafio de aproximar a decisão judicial dos fatos ocorridos. O acertamento da decisão ou o maior esforço possível para que ele ocorra é essencial para a legitimação da atuação estatal e para a pacificação social. Se não se acredita no acertamento, como já demonstrado, o processo perde sua razão de existir. Surge, assim, a preocupação acerca da adoção do melhor método para reconstrução dos fatos. Em outras palavras, a epistemologia ganha destaque.

controvérsia entre as partes é uma decisão adequada e correta; essa decisão não pode ser adequada e correta a menos que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos fatos do caso. Não é por colocar fim ao conflito que qualquer solução dada a esse seja necessariamente uma boa solução. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no princípio fundamental do ‘Estado de direito’ uma boa solução é obtida por uma decisão legítima (i. e., apropriada e justa). Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente.” (TARUFFO, Michelle. *A prova*, p. 22).

⁶⁴ No que tange à verdade absoluta e à verdade relativa, Taruffo sustenta: “De fato, a ideia de uma verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial. Mesmo ciências rígidas como as físicas e as matemáticas não pretenderam ser capazes de alcançar verdades absolutas; de fato, a ideia de uma verdade absoluta parece pertencer somente aos domínios da religião e da metafísica. Em verdade, em todo contexto do conhecimento científico e empírico, incluído o dos processos judiciais, a verdade é relativa. Na melhor das hipóteses, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de ‘ideal regulador’, ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real do mundo.” (ibidem, p. 25-26). Em sentido similar, Sward pondera: “Because truth is elusive, however, it is not always possible to be sure of the past.” (SWARD, Ellen. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 304).

⁶⁵ Ainda, Sward esclarece: “Uma importante observação merece ser feita aqui sobre os ‘fatos’ e sobre a maneira como esses se determinam. Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio.” (ibidem, p. 19).

A segunda questão que este trabalho se propõe a discutir no tocante aos objetivos do processo diz respeito às opções morais e políticas. Isso porque, se, por um lado, o conceito de justiça perpassa pelo acerto dos fatos, por outro, a noção de processo justo se relaciona intimamente com os valores sociais⁶⁶.

Ressaltou-se que a epistemologia, por si só, possui limites. Estes, no mundo dos fatos, no plano concreto, assumem um caráter até mais intenso do que naturalmente e em condições abstratas assumiriam, pois questões como as orçamentárias e mesmo a hipertrofia do direito penal – que gera uma grande quantidade de processos criminais – pressionam as decisões para que ocorram reduzidamente em condições de tempo, pessoal, estrutura e, por conseguinte, qualidade de acerto.

Reconhece-se, assim, que a decisão judicial sempre transitará pelo campo da incerteza e, portanto, admite-se que sempre haverá risco de erro judicial⁶⁷. Este, por sua vez, gera custos de algumas naturezas – por exemplo, os custos de ordem social de uma decisão errônea. O correto balanceamento entre a alocação dos riscos do erro judicial e dos custos sociais é, também, função do processo penal. Essa alocação, porém, não se dá por via epistemológica⁶⁸. A epistemologia serve à diminuição do erro, mas a alocação daqueles que inevitavelmente ocorrerão – pois não há sistema epistemologicamente perfeito – não tem mais relação com o acerto da decisão. Ela se dá, portanto, invariavelmente por escolhas morais, por serem escolhas, e políticas, pela atuação estatal inerente à natureza do processo⁶⁹.

⁶⁶ Nas palavras de Sward: “A second aspect of the conflict resolution goal of a procedural system is justice, which is usually related to truth. But justice may also be related to substantive rules that the court applies and to additional procedural goals such as rule-making and behavior modification. If, for example, the substantive rules that are applied strike most people as unjust, the result that the procedural system achieves cannot be just, however accurately it determines the past.” (SWARD, Ellen. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 305).

⁶⁷ Ao versar sobre o erro judicial, Stein conclui: “because adjudicators carry out their fact-finding tasks in conditions of uncertainty, determination of facts will always entails risk of error. Any decision that relates to fact-finding, including any ruling that admits or excludes evidence, allocates this risk” (STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*, p. 12).

⁶⁸ Ainda, ao se referir à alocação dos riscos do erro judicial e dos custos sociais, Stein pondera: “Generally, when the epistemological reasons for fact-finding no longer apply, adjudicators allocate the risk of error by applying the rules and principles from the moral domain of evidence law. *Morality picks up what the epistemology leaves off*. This motto summarizes the principal thesis of this entire book.” (ibidem, loc. cit., grifo do original).

⁶⁹ A propósito, veja-se: “Moral considerations that inform risk-allocating decisions belong to the domain of politics. Risk-allocating decisions that adjudicators make determine the application of state power against individuals. Any such decision forms part of the court’s final verdict that directs the coercive law-enforcement mechanism, sponsored by the state, to operate against one of the parties. By delivering a verdict against the defendant, the court licenses the state to apply its law-enforcement power against the defendant. By delivering a verdict against the claimant, the court effectively orders the state not to use its law-enforcement power against

É nesse contexto que se vislumbra, por exemplo, o aspecto de regra probatória derivado da presunção de inocência que impõe a necessidade de prova, em condenações criminais, para além de uma dúvida razoável⁷⁰.

Postas essas colocações, mais do que responder à indagação sobre quais seriam os objetivos do processo penal, propõe-se demonstrar que o processo penal relativo a certo ordenamento jurídico terá suas feições definidas pela ponderação entre a concepção do modo mais apto – em termos de acertamento judicial – de desenvolvimento do processo e os ditames político-morais que permeiam a essência do pensamento, em seu conjunto, da sua sociedade. Esses elementos condicionantes do pensamento jurídico podem variar, e essa variação refletirá nas características dos correspondentes sistemas processuais penais adotados⁷¹.

Assim, existem razões para que determinados ordenamentos jurídicos se aproximem do sistema processual *adversarial* ou do sistema *inquisitorial*. Essas causas, profundamente intrincadas em diversas áreas do pensamento humano, serão analisadas em ponto oportuno deste trabalho, na medida do permitido pela metodologia. Por ora e para o que aqui se propõe o presente subitem, é suficiente a afirmação de que os ordenamentos variam em consequência de divergências sobre questões profundas e que, *a contrario sensu*, só podem de fato se aproximar em um panorama de relativa convergência sobre essas mesmas questões.

the defendant and to protect the status quo, should that become necessary. Allocation of the risk of error, therefore, is a matter of political morality rather than morality in general.” (STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*, p. 13).

⁷⁰ Badaró, ao se referir ao conteúdo da presunção de inocência, explica que “é possível distinguir três significados de tal princípio: (1) garantia política; (2) regra de tratamento do acusado; (3) regra probatória. [...] A ‘presunção de inocência’ também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 57-58).

⁷¹ Para uma profunda análise sobre o tema, veja-se CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Traduzido por Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21. Adianta-se o que se segue: “Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e *experts* isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, ‘constituída’ ou ‘construída’. Essas práticas institucionais influenciam importantemente uma sociedade e sua cultura – seus valores, pensamentos, hierarquias sociais e símbolos – tanto quanto essas práticas também refletem a sociedade à sua volta.” (ibidem, loc. cit.).

1.3 Processo penal *adversarial* e processo penal acusatório: uma falsa correspondência

Antes que se passe à contextualização histórica do surgimento do processo penal *adversarial*, faz-se necessária, neste capítulo introdutório, uma observação terminológica acerca das expressões “processo penal acusatório” e “processo penal *adversarial*”.

Apesar de atécnica, não é incomum a confusão entre ambas as expressões. Pouco se fala do segundo (“processo penal *adversarial*”), mas quando se lhe faz alusão costuma-se fazê-lo sob o manto da terminologia do primeiro (“processo penal acusatório”)⁷².

O fato é que cada classificação segue critérios diferentes. Enquanto a definição de processo penal *adversarial* se dá em contraposição a um processo penal *inquisitorial*, nos termos do definido anteriormente⁷³, a terminologia do processo acusatório, em oposição a um processo inquisitório, preocupa-se com a divisão de papéis. Assim, determinado sistema processual será denominado acusatório quando – e somente quando – as funções de acusação, defesa e de julgamento forem atribuídas a sujeitos distintos. Caso isso não ocorra, o processo será denominado inquisitório⁷⁴.

É inegável que, diante do já apresentado, na prática os sistemas processuais penais *adversariais* serão acusatórios. Primeiro porque, sob a concepção atual de processo, estranho seria se não o fossem, já que as características responsáveis por dado esquema de determinação dos fatos ser considerado “inquisitório” fazem com que ele nem mesmo possa

⁷² Sobre essa confusão, Grinover adverte: “No entanto, alguns equívocos têm surgido aqui e acolá, a partir da errônea concepção do que se deve entender por ‘processo acusatório e processo inquisitivo’, assim como pelo significado da expressão ‘processo de partes’, ligada ao primeiro modelo. Esses mal-entendidos têm induzido alguns teóricos e certos sistemas a confundir o sistema acusatório moderno como o ‘adversarial system’ dos países anglo-saxônicos, com profundas repercussões sobre o papel do juiz no processo penal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1).

⁷³ A propósito, convém esclarecer o que se segue: “Denomina-se ‘adversarial system’ o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas. No ‘inquisitorial system’, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora).” (ibidem, p. 3).

⁷⁴ Grinover elucida: “A ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. [...] 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.” (ibidem, p. 2). No mesmo sentido, veja-se: “O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão.” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I, p. 468).

ser tido como um processo⁷⁵. Segundo – e quase tautológico –, que, para se desenvolver um processo calcado na disputa entre partes, é condição lógica a existência de partes bem definidas – em outras palavras, que a distribuição dos papéis de acusar, defender e julgar se dê para distintos atores.

Nesse sentido, há quem considere que, em vista do modo como se tem empregado a expressão “processo acusatório”, esta deixou de ter um significado técnico e passou a servir, em discussões doutrinárias ou nas esferas legislativas, como um *slogan* político. Assim, “processo acusatório”, “devido processo” e “processo justo” (ou *fair trial*) seriam expressões vagas que apontariam, todas, para uma mesma direção, qual seja, a da aplicação de um verdadeiro processo com todas as garantias inerentes à sua concepção⁷⁶.

Em suma, é importante sublinhar que os significados das expressões não correspondem, a despeito de logicamente se aproximarem.

⁷⁵ Sobre esse processo, a autora explica: “É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*, p. 2).

⁷⁶ Nessa linha, tem-se a seguinte manifestação de Aroca: “Por ese camino de la fascinación ilógica se están utilizado en Europa y en Iberoamérica determinadas expresiones como ‘banderas de enganche’ o como ‘eslóganes fuerza’ para, en el fondo, querer decir que la idea-garantía de que el Derecho penal se aplique sólo por medio del proceso debe convertirse en realidad. Se ha hablado y se sigue hablando del ‘debido proceso’, del ‘proceso justo’, de ‘proceso acusatorio’ e incluso de ‘sistema acusatorio’, expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: El Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: El Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso.” (AROCA, Juan Montero. *La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal*. In: X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA, nov. 12-14, 2008, p. 19-20. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/76717270/Congreso-Azul-2008-Montero-Aroca>>. Acesso em: 3 dez. 2018). Também nessa linha é o pensamento de Jimeno-Bulnes, segundo o qual, “However, accusatorial criminal procedure is often difficult to explicate, because according to its *literal* meaning, both contemporary Anglo-American and European criminal procedures should be characterized as accusatorial. In fact, all forms of criminal procedure include formal accusation (in terms of the Roman model), and in today's context, as a different prosecutorial and judicial authority. Despite much scholarship seeking to clarify this concept and its relationship to the notion of adversariness itself, the pattern of this accusatorial criminal procedure has become a source of fascination for European scholars. It has created a sort of accusatorial principle, which has even been described as a political slogan.” (JIMENO-BULNES, Mar. *American Criminal Procedure in a European Context*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 409-459, 18 Mar. 2013, p. 429).

1.4 Notas sobre o direito ao confronto

Assentado o posicionamento de que a concepção de processo *adversarial* circunda as ideias de gestão probatória das partes e de determinação competitiva dos fatos, são de grande auxílio para o balizamento do que se entende por confronto a construção do *Right of Confrontation* elaborada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a tese de doutorado de Stefano Maffei, cujo conteúdo resultou do propósito do autor de elaborar uma teoria geral do confronto.

1.4.1 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América e a *Confrontation Clause*

É entendimento pacífico que, nos Estados Unidos da América, o direito ao confronto (*Right of Confrontation*) provém da *Confrontation Clause*, disposição inserida pela Sexta Emenda à Constituição Federal desse país. Dispõe, a referida cláusula, que, “Em todos os processos criminais, o acusado tem o direito de ser confrontado com as testemunhas que lhe sejam contrárias”⁷⁷. Tamanho sintetismo, característico da estrutura constitucional estadunidense, traz consigo ambiguidades. No caso da *Confrontation Clause*, isso se torna evidente na tentativa de definição do conteúdo do *Right of Confrontation*.

Uma das situações em que o sistema jurídico estadunidense exigiu um assentamento mais claro sobre quais seriam os elementos componentes do *Right of Confrontation* foi na determinação da possibilidade do uso de videoconferência para a produção da prova testemunhal – hipótese que exclui a presença física do acusado no contexto da tomada do depoimento.

Para a compreensão das questões discutidas, é preciso ressaltar, inicialmente, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, na tentativa de reconstrução da essência da *Confrontation Clause*, procurou, em vista da ausência de debates legislativos no contexto da sua inclusão, realizá-la por meio do seu contexto histórico. No julgamento do paradigmático

⁷⁷ Tradução livre do seguinte original: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him.”

caso *Crawford v. Washington*⁷⁸, isso incorreu na determinação de que o propósito central do *Right of Confrontation* é muito mais funcional do que formal. Assim, por essa lógica, sendo a sua função a da promoção da confiabilidade no julgamento criminal, não há violação desse direito nas hipóteses em que esse objetivo estiver satisfeito⁷⁹.

No caso *Maryland v. Craig*⁸⁰ foi colocado para a Suprema Corte o julgamento da constitucionalidade de a Corte do Estado de Maryland ter assentado a possibilidade de que, durante o depoimento de uma criança vítima⁸¹ de abuso sexual, o seu depoimento pudesse ser tomado mediante videoconferência, com o afastamento físico do réu do ambiente da produção dessa prova. Justificou-se isso, em primeira instância, com o argumento de que a presença física do acusado geraria tamanho desgaste emocional à vítima que esta seria incapaz de se pronunciar.

A fundamental importância desse caso em termos de definição do direito ao confronto reside no fato de ele tratar de eventual aceitação de depoimento na ausência física do acusado, mas com a disponibilidade da testemunha – ela se encontra no julgamento e depõe em juízo. Isso se difere essencialmente das discussões sobre a possibilidade de introdução ao campo do processo de elementos probatórios de segunda mão (*hearsay evidences*), nos quais, em geral, a testemunha que depôs previamente – em fases preliminares do processo, em delegacia de polícia etc. – já não pode mais ser ouvida por alguma razão. Nestes casos, basicamente, busca-se uma solução diante de uma impossibilidade, não sendo a restrição que se impõe ao acusado proposital; naquele, porém, a exceção é artificial e evitável, motivo pelo qual a cautela na sua eventual aplicação, supostamente, deve ser maior, sendo a análise incidente sobre o direito ao confronto em si mais apurada.

Desse modo, no julgamento do caso *Maryland v. Craig*, a Suprema Corte assentou que, apesar de a presença física do acusado ser importante para que se satisfaça o *Right of Confrontation*, ela não é indispensável. Assim, o conteúdo da *Confrontation Clause*

⁷⁸ UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁷⁹ Nas palavras de Tokson, “The historical purpose of the clause (avoiding conviction of defendants based on unreliable written affidavits) suggests that the purpose of the clause is largely functional rather than formal. Accordingly, the Court has repeatedly endorsed the concept that ‘the right to confrontation is a functional one for the purpose of promoting reliability in a criminal trial.’” (TOKSON, Matthew J. Virtual confrontation: is videoconference testimony by an unavailable witness constitutional?. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, Issue 4, p. 1581-1614, Fall 2007, p. 1586-1587).

⁸⁰ Idem. *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/836/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁸¹ Diverso do caso direito brasileiro – como se discute posteriormente –, o tratamento à vítima no sistema processual penal estadunidense é considerado como se testemunha fosse.

admitiria, em determinadas situações e sempre de modo excepcional, a substituição da presença física do réu pela transmissão da tomada do depoimento da testemunha por videoconferência. No caso, estabeleceu-se um procedimento de verificação quanto à satisfação do direito ao confronto designado *Craig Test*. Este, segundo os julgadores, será considerado satisfeito – e dessa maneira a presença física do réu será substituída pela tomada do depoimento da testemunha/vítima por videoconferência – nas hipóteses em que (1) houver razões de interesse público justificando essa exceção e em que (2) a credibilidade do depoimento se preservar, o que implica a manutenção de todos os outros elementos basilares do direito ao confronto⁸². E é nesse segundo requisito que se pode identificar o conteúdo do *Right of Confrontation* no ordenamento estadunidense.

Assim sendo, a Suprema Corte elencou como os outros elementos do direito ao confronto: (2.1) a prestação do testemunho sob juramento – o que se identifica com o dever de dizer a verdade; (2.2) a oportunidade de realização do contraexame contemporaneamente à tomada do depoimento; e (2.3) a capacidade do juiz e dos jurados – aqueles que possuem poderes decisórios – de apreciar o comportamento da vítima durante o testemunho⁸³. Pela racionalidade dos julgadores, observadas essas questões, não há que se falar em desrespeito ao direito estabelecido pela *Confrontation Clause* – apesar de, por se dar excepcionalmente, a Corte admitir que há algum prejuízo na ausência física do acusado.

Para além do definido no caso *Maryland v. Craig*, há ainda, nos Estados Unidos, discussão sobre a possibilidade da produção da prova testemunhal por videoconferência em outros casos, para além dos relacionados a crianças vítimas de crimes sexuais. A Suprema Corte, quanto a isso, ainda não se posicionou, e distintos órgãos judiciais assumem visões diversas. Por um lado, o Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos

⁸² Ao examinar esse direito de confronto, Tokson anota: “Though the right to physical confrontation of available witnesses was not ‘indispensable,’ the Court emphasized that it was important and that exceptions could be made only in certain circumstances. Building upon its language in *Coy*, the Court established what is now known as the ‘Craig test’ for exceptions to in-person, physical confrontation: the absence of such confrontation is permitted ‘only when denial of such confrontation is necessary to further an important public policy and only where the reliability of the testimony is otherwise assured.’ (TOKSON, Matthew J. Virtual confrontation: is videoconference testimony by an unavailable witness constitutional?. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, Issue 4, p. 1590).

⁸³ A propósito, “Applying this test, the Court found that the procedure at issue (though it prevented the witness from seeing the defendant) was assuredly reliable because it preserved ‘all of the other elements of the confrontation right’: testimony under oath, the opportunity for ‘contemporaneous cross-examination’ and the ability of the judge and the jury to view the demeanor of the witness during testimony.” (ibidem, loc. cit.). Nessa linha, veja-se GAROFANO, Anthony. Avoiding virtual justice: video-teleconference testimony in Federal Criminal Trials. *Catholic University Law Review*, v. 56, n. 2, p. 683-714, Winter 2007, p. 687-688.

(Segundo Circuito), por exemplo, no julgamento do caso *United States v. Gigante*⁸⁴, definiu a existência dessa possibilidade, sendo ela constitucional e bastando haver uma circunstância excepcional que a justifique. Por outro lado, o Décimo Primeiro Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos (Décimo Primeiro Circuito), no julgamento do caso *United States v. Yates*⁸⁵, também determinou ser possível a utilização de videoconferência para suprir a ausência física do acusado, mas considerou que, como isso resultaria em prejuízo no tocante ao direito de se pôr “frente a frente” com a testemunha, o mecanismo de checagem definido no caso *Maryland v. Craig* deveria ser aplicado.

É provável que o Décimo Primeiro Circuito, ao proferir essa decisão, tenha se influenciado pela Suprema Corte. Matthew J. Tokson, ao versar sobre o tema, observa que, anteriormente, no julgamento do caso *Harrell v. Butterworth*⁸⁶, o Décimo Primeiro Circuito havia se posicionado de modo muito mais flexível quanto à produção da prova testemunhal por videoconferência e com a ausência física do acusado. Todavia, em abril de 2002, após a decisão do caso *Harrell* e antes de se dar a do Caso *Yates*, a Suprema Corte negou o envio ao Congresso de uma proposta de alteração das *Federal Rules of Criminal Procedures* (FRCrP) que permitiria a utilização da videoconferência com o único requisito de ela se dar em circunstâncias excepcionais⁸⁷. Na oportunidade, Scalia, juiz da Suprema Corte, manifestou-se no sentido de que seria dúbia a constitucionalidade da referida norma perante

⁸⁴ UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. *United States v. Gigante*, 166 F3d 75 (2d Cir 1999). Disponível em: <<https://openjurist.org/166/f3d/75/united-states-v-gigante>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁸⁵ Idem. *United States v. Yates*, 438 F3d 1307 (11th Cir 2006). Disponível em: <<https://openjurist.org/438/f3d/1307/united-states-v-yates-f>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁸⁶ Idem. *Harrell v. Butterworth*, 251 F3d 926 (11th Cir 2001). Disponível em: <<https://casetext.com/case/harrell-v-butterworth>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁸⁷ Tokson explica: “It is likely, however, that the court was also influenced by an intervening event that caused it to be more inclined towards a stricter application of *Craig* to video testimony: the Supreme Court's refusal to pass on to Congress a proposed amendment to FRCrP 26 that would have explicitly permitted video testimony upon a finding of ‘exceptional circumstances.’ In April of 2002 (after the Eleventh Circuit decided *Harrell v Butterworth*), Justice Scalia filed a brief statement explaining why the Court had refused to approve the amendment and reporting that the majority's view was that the proposed rule was ‘of dubious validity under the Confrontation Clause.’ Scalia argued that the *Craig* test should be applied, and that case-specific findings should be required for denying the right to a physical confrontation of the witness. He then emphasized that the Court applies different tests for in-court and out-of-court testimony, indicating that applying the standard for out-of-court depositions to in-court video testimony was inappropriate. Further, he mentioned that Rule 15 depositions generally afford defendants the right to physical confrontation during the deposition. Although Scalia's statement is short and the arguments about Rule 15 depositions were made in the context of refuting the Committee's argument that video testimony should be acceptable wherever ‘exceptional circumstances’ are shown, they appear to form the basis for the Eleventh Circuit's holding in *Yates*. Indeed, the *Yates* court discussed the rejection of the amendment and cited Scalia's statement in its opinion. While Scalia's statement has no official legal weight and may not reflect the reasoning of the other judges in the majority who rejected the proposed amendment to Rule 26, it appears to have led the Eleventh Circuit to take a very strict approach to video testimony while favoring Rule 15 depositions.” (TOKSON, Matthew J. Virtual confrontation: is videoconference testimony by an unavailable witness constitutional?. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, Issue 4, p. 1596-1597).

a *Confrontation Clause*, além de ter enfatizado que aplicar os mesmos parâmetros para depoimentos tomados em juízo e fora de juízo (estes, no caso, referentes, por exemplo, às *hearsay evidences*) seria descabido⁸⁸. E, no julgamento do caso, o Décimo Primeiro Circuito alude, por mais de uma vez, a essa manifestação.

Por fim, ressalva-se de que não se assume a estruturação do direito ao confronto exposta neste subitem como necessariamente correta. A sua apresentação, bem como a do subitem a seguir, possui caráter unicamente norteador da ideia que se tem de confronto.

1.4.2 A teoria geral do confronto de Stefano Maffei

Apesar de inviável a elaboração de uma teoria geral do confronto no corpo deste trabalho, são úteis para o estudo proposto as conclusões de Stefano Maffei em sua tese de doutorado⁸⁹. Ao tratar do devido processo e do direito do acusado de confrontar o seu acusador, o autor, sob uma perspectiva jusnaturalista, abstratamente identificou os elementos componentes do direito ao confronto – ou, em tradução livre dos seus termos, do “paradigma do contraditório”⁹⁰.

Para além das questões jusfilosóficas que essa construção suscita, o delineamento de Maffei é aqui de grande instrumentalidade na medida em que se considera a determinação competitiva dos fatos uma das características definidoras do sistema *adversarial* e que, portanto, o principal – mas não o único – indicativo de uma aproximação ou de um afastamento relativamente a esse paradigma é a inserção ou a diminuição de doses de confronto no âmbito processual.

⁸⁸ UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89, 93 (2002) (statement of Scalia, J.). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=olFSLoxO4pkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁸⁹ MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore*. 2004. 251 p. Tesi (Dottorato in Diritto Penale e Procedurale) – Università di Genova, Genova, 2004. Disponível em: <<https://www.tesionline.it/tesi/8992/Giusto-processo-e-diritto-dell%27imputato-a-confrontarsi-con-1%27accusatore>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

⁹⁰ Para trabalho semelhante concebido pela doutrina nacional, veja-se MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61-126.

O autor apresenta como elementos do “paradigma do contraditório”: (1) a publicidade; (2) a presença do imputado; (3) a presença do juiz e dos jurados; (4) a obrigação de dizer a verdade; (5) a revelação da identidade de quem depõe; (6) e o confronto dialético.

No que tange ao primeiro elemento, a publicidade apontada por Maffei significa o local da produção da prova – seja este o Tribunal ou um ambiente privado – estar aberto aos cidadãos em geral ou a representantes da imprensa que estejam autorizados a relatar imediatamente os fatos por eles presenciados⁹¹. Os fundamentos assinalados pelo autor dizem respeito à função de controle que o escrutínio público exerce na esfera processual e à legitimação da atuação estatal em virtude dos ganhos em termos da aparência de justiça inerentes ao desenvolvimento público dos processos⁹². Na doutrina pátria, Gomes Filho aponta essa dúplice função⁹³.

Em relação à presença do imputado, o autor afirma haver divergência sobre o seu conteúdo. Apesar da ressalva de que há quem considere a hostilidade inerente à presença física do acusado, no sentido inibidor do relato de uma testemunha, como conteúdo do direito fundamental ao confronto, Maffei conclui pela teoria de que a presença física do imputado

⁹¹ Sobre essa abertura, Maffei enfatiza: “Ai fini di questo lavoro, è da considerarsi *pubblica* la deposizione testimoniale resa in luogo aperto all’ingresso dei cittadini ovvero ai rappresentanti della carta stampata, qualora questi ultimi siano autorizzati a riportarne immediatamente il contenuto. Perché il requisito sia soddisfatto, inoltre, non è indispensabile che l’audizione si svolga nell’aula di tribunale: ad essa equivalgono tanto i locali di altre amministrazioni pubbliche (reparti ospedalieri, istituti di detenzione, centri di assistenza sociale, etc.) quanto luoghi privati, sempre che l’accesso al pubblico sia ivi consentito nei termini appena specificati” (MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell’imputato a confrontarsi con l’acusatore*, p. 70).

⁹² Ao se referir à publicidade nos processos, o autor pondera: “Sulle virtù della pubblicità non è possibile dilungarsi in questa sede: è del tutto assodato che lo scrutinio dei consociati migliori la qualità del servizio di amministrazione della giustizia e salvaguardi l’integrità del processo di ricostruzione dei fatti, con benefici evidenti tanto per la difesa dell’imputato quanto per la legittimazione dell’attività della pubblica accusa. Nel complesso, l’accesso del pubblico dovrebbe inoltre promuovere un’ ‘apparenza di giustizia’, elevando complessivamente la fiducia dei cittadini nel corretto esercizio della funzione giurisdizionale⁸⁹. In Italia, la Corte costituzionale ha affermato che ‘la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce un principio essenziale dell’ordinamento democratico, fondato sulla sovranità popolare’ e che ‘l’esigenza della garanzia della pubblicità del giudizio è maggiormente avvertita nei processi penali per la qualità dei valori, degli interessi e dei beni da proteggere, nonché per i riflessi sociali della violazione delle norme penali’. La pubblicità assume connotazioni peculiari rispetto all’assunzione del sapere testimoniale. Autorevoli commentatori suggeriscono come essa incoraggi di per sé la sincerità del dichiarante, responsabilizzandolo sulla solennità dell’occasione. Sotto altro profilo, chiunque rilevi menzogne o inesattezze nelle deposizioni dei testi avrebbe così l’opportunità di farsi avanti, contestandole.” (ibidem, p. 68-69).

⁹³ Gomes Filho assim explica essa dúplice função: “A primeira delas – a *publicidade* – constitui uma garantia política de maior envergadura, sendo inseparável da própria ideia de *democracia*, expressando acima de tudo uma exigência de *transparência* nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles populares sobre o exercício do poder. [...] Ainda com a ressalva de que sempre há uma interpenetração das várias garantias, não sendo possível isolar completamente os seus diversos aspectos, a publicidade processual pode ser vista como garantia de um correto exercício jurisdicional – assegurando, por exemplo, a imparcialidade e a independência do juiz –, ou como instrumento de tutela dos interesses das partes processuais, quando visa especialmente garantir a melhor participação nas atividades do contraditório.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 42).

apenas diz respeito à sua capacidade de, por conta própria, observar e analisar todas as *nuances* relativas à produção de uma prova, aumentando, assim, suas condições de confrontá-las⁹⁴.

O terceiro elemento – a presença física do juiz ou do julgador – é autoexplicativo. Os seus fundamentos são semelhantes aos da presença do imputado e se relacionam, portanto, também à observação plena do contexto da produção da prova. Maffei faz a ressalva de que isso não quer dizer que os julgadores sejam capazes de decifrar a veracidade ou não de um relato por meio dessa observação. Não há estudo científico capaz de comprovar essa possibilidade. Isso não significa, no entanto, que a ampla captação sensorial da produção da prova deva ser desconsiderada, sendo, assim, para o autor italiano, um dos elementos do direito ao confronto⁹⁵.

⁹⁴ Na expressão de Maffei: “In svariate occasioni si è evocata l’immagine del faccia a faccia tra imputato e accusatore. Ad un primo approccio, la presenza dell’imputato nel luogo e nel momento dell’audizione sembra servire proprio questo obiettivo. In verità, autorevoli interpreti di common law sottolineano come l’accusato ‘richiede il confronto non per l’ozioso fine di guardare negli occhi il testimone, ovvero perché questi faccia altrettanto, bensì per realizzare il controinterrogatorio’. Secondo tale linea interpretativa, dunque, il requisito in questione sarebbe soddisfatto laddove l’imputato fosse autorizzato a rivolgere direttamente interrogazioni al teste. Un simile approccio non soddisfa. La prassi dei processi penali contemporanei dimostra che gli imputati partecipano solo di rado all’esame dei testimoni d’accusa. Tale incombenza è per lo più affidata ai rispettivi difensori. In questo senso, è davvero eccezionale la pur celebre condotta dell’ex presidente della Repubblica federale di Jugoslavia Slobodan Milosevic il quale non ha nominato un difensore nel procedimento di fronte al Tribunale penale dell’Aja e ha svolto di persona i controesami di tutti i testimoni prodotti dalla pubblica accusa. Ciò non sarebbe potuto accadere in numerosi ordinamenti statali che, al contrario, obbligano l’imputato a farsi rappresentare e, di conseguenza, autorizzano il solo difensore a condurre il contro-esame. Anche nei Paesi il cui ordinamento giuridico autorizza tradizionalmente l’imputato a interrogare di persona (si pensi ad Inghilterra e Stati Uniti d’America), peraltro, tale scelta è sconsigliata per almeno due ragioni: la scarsa dimestichezza di costui con le regole tecniche e le questioni procedurali che potrebbero insorgere durante l’audizione testimoniale e il rischio che l’atteggiamento antagonista richiesto dal contesto dell’esame ponga l’accusato in cattiva luce agli occhi dei giurati. Tutto ciò premesso, occorre muovere alla ricerca della ragione che giustifica l’inclusione del requisito della presenza dell’accusato nel ‘paradigma del contraddittorio’. A ben guardare, tra tutti i componenti questo è l’unico che assicura la possibilità di una identificazione fisica del testimone, attraverso l’osservazione di tratti somatici, voce, corporatura o altri segni particolari. Tale identificazione potrebbe rivelarsi cruciale qualora – per le ragioni più svariate – la conoscenza di nome e cognome non sia d’aiuto all’accusato per ricostruire chi sia effettivamente il teste d’accusa e quali relazioni siano eventualmente intercorse tra i due in passato. È evidente come tali circostanze possano assumere un qualche rilievo tanto nella contestazione delle allegazioni del dichiarante, quanto nella critica alla sua attendibilità. Ne segue che il requisito è soddisfatto quando l’accusato è posto in condizione di osservare il dichiarante, nel momento in cui questi rende la deposizione. Alla visione dal vivo devono senz’altro equipararsi collegamenti audio-visivi di varia natura (via cavo, satellite, videotelefono, connessione internet, etc...), sempre che la qualità del suono e dell’immagine sia sufficientemente alta da consentire l’identificazione cui si è più sopra accennato.” (MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell’imputato a confrontarsi con l’accusatore*, p. 70-71).

⁹⁵ Ao lecionar sobre essa ampla captação sensorial da produção da prova, Maffei explica: “In uno scritto del 1949, un autorevole giurista statunitense affermava come ‘ognuno di noi sa bene che, nella vita quotidiana, il contegno di chi racconta una storia, l’intonazione, il gesticolare, la compostezza, gli sbadigli, il movimento degli occhi, l’aria sincera o elusiva, forniscono validi indizi sulla sua credibilità. Seppur non impeccabili, tali elementi sono sovente di grande aiuto’. Nonostante l’indubbio fascino e l’apparente persuasività, l’assunto secondo cui l’osservazione del contegno del dichiarante consentirebbe di accertarne la sincerità è privo di qualsiasi fondamento scientifico. Ricerche sperimentali sul comportamento dell’uomo sottoposto a

A obrigação de dizer a verdade, por sua vez, apontada por Maffei como o quarto elemento do direito ao confronto, consiste na determinação de uma sanção de caráter penal ou satisfatoriamente correspondente para o declarante que mentir em juízo. Esse elemento, nos diversos ordenamentos jurídicos, costuma assumir conteúdos consideravelmente distintos, em especial nas hipóteses em que o declarante é o imputado. Nestes casos, o direito à não autoincriminação se desenvolve, em alguns sistemas, de modo a apenas garantir o direito ao silêncio do réu – como é o caso dos Estados Unidos da América, em que o acusado, quando opta por se manifestar, pode ser processado por perjúrio – e, em outros, de permitir ao réu fazer declarações, sem ter de assumir o compromisso de dizer a verdade. Para o autor, prevalece a noção de que o confronto só se perfaz quando há sancionamento à mentira⁹⁶.

interrogatorio, infatti, dimostrano che i classici indici di comunicazione ‘non verbale’ non sono di alcuna utilità all’osservatore ordinario nel determinare se il dichiarante dica o meno la verità. Del resto, non è provato se esista un’invariabile connessione neurologica tra l’attività cerebrale di chi mente e l’esteriorizzazione di taluni contestuali segni fisici o vocali. Se è perlomeno dubbio che i più moderni e sofisticati lie-detectors (che misurano frequenza del battito cardiaco, pressione arteriosa, respirazione, sudorazione palmare etc...) siano in grado di misurare con ottima approssimazione la sincerità di chi vi si sottopone, è invece indubbio che ‘la capacità dell’uomo comune di desumere la menzogna dal contegno del dichiarante è nulla più di un mito da sfatare’. Le considerazioni appena svolte raccomandano cautela a giudici e giurati ma non valgono a escludere che la loro presenza, in sede di assunzione della dichiarazione, sia elemento essenziale del ‘paradigma del contraddittorio’. Affermare che l’osservazione del contegno non meriti cieca fiducia non equivale a dire che essa nuocia alla formazione di un ponderato convincimento, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. Sarebbe inoltre scorretto ritenere che il giudizio d’attendibilità di una ‘dichiarazione testimoniale’ si esaurisca nell’indagine sulla sincerità dell’autore. Al contrario, esso include anche la verifica di possibili difetti di percezione, memoria, così come di ambiguità nella narrazione. Sovente, i racconti abbisognano di chiarimenti, spiegazioni, illustrazioni. In questa prospettiva, la presenza del giudice in sede di audizione riduce quanto meno il rischio che costui debba deliberare su materiali probatori del tutto oscuri o indecifrabili. Nonostante la differente impostazione ideologica con cui è disciplinata la materia, infatti, sia la tradizione adversarial che quella inquisitoria ammettono di buon grado che il giudice possa chiedere lumi al testimone, ove necessario.” (MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell’imputato a confrontarsi con l’acusatore*, p. 72-73).

⁹⁶ A propósito, veja-se: “L’elemento in questione è soddisfatto quando l’ordinamento appresta conseguenze sanzionatorie per il dichiarante che afferma il falso. La sanzione tipica è quella penale, anche se non possono escludersi, in linea di principio, alternative di pari efficacia. A questo punto, tuttavia, conviene distinguere. Nei sistemi di giustizia che puniscono lo spergiuro, il dovere di verità sussiste ogni volta e soltanto nei casi in cui la dichiarazione testimoniale è preceduta o accompagnata da un contestuale giuramento (ovvero l’equivalente promessa). Tale corrispondenza biunivoca non sussiste negli ordinamenti che puniscono la falsità della dichiarazione attraverso fattispecie incriminative che prescindono da un esplicito richiamo alla promessa. Ivi, il dovere di verità può sussistere anche qualora il dichiarante non assuma alcun solenne impegno, anche se è comunque necessario, nella prospettiva dell’elemento soggettivo del reato, che questi sia reso edotto dei rischi conseguenti alla falsa deposizione. In concreto, le differenze tra i singoli ordinamenti sono penetranti, sia rispetto alla fase d’indagine che a quella dibattimentale. Sotto il primo profilo, in Inghilterra e negli Stati Uniti non commette reato chi mente agli agenti di polizia perché, salvo casi particolari, la deposizione non è giurata. In Italia, non è reato mentire alla polizia ma, viceversa, rischia l’incriminazione chi si sottopone all’intervista con l’avvocato intento a svolgere l’indagine difensiva (art. 371ter c.p.p.). Quanto al secondo aspetto, le maggiori difformità riguardano la tutela penale delle dichiarazioni dell’accusato. È noto che l’imputato che decide di deporre in Inghilterra e negli Stati Uniti assume contestualmente l’obbligo di dire la verità su ogni domanda che venga a lui rivolta dalla controparte, salvo il privilegio against self-incrimination su circostanze relative a fatti diversi da quello contestato. Nei sistemi di giustizia penale continentale, invece, l’imputato dichiarante non soggiace al dovere di verità e non può essere punito per il semplice fatto di aver mentito alla corte. Una parziale eccezione si registra, a questo proposito, nella contemporanea procedura penale italiana, che, nei casi indicati dall’art. 197bis e 210 comma 6 c.p.p., prevede che alcune figure di imputato in procedimento connesso ovvero di reato collegato assumano l’ufficio di testimone. La ragione che giustifica

O quinto elemento do direito ao confronto consiste na revelação da identidade do declarante. Maffei aponta como obviedade a presença desse elemento como constitutivo do direito ao confronto. Primeiro, porque o anonimato retira substancialmente a credibilidade do relato; segundo, porque um dos principais vieses de confrontação de uma narrativa diz respeito exatamente à pessoa que o proferiu. Questões como interesses na causa, ressentimentos, razões para mentir que diminuam a credibilidade do relato, entre outras, só podem ser suscitadas caso se tenha ciência da identidade daquele que depõe⁹⁷.

Por fim, Maffei apresenta o confronto dialético como o último dos elementos que compõem o direito ao confronto. Nos termos do sustentado, o confronto dialético seria a contestação oral de uma declaração no contexto da sua produção em juízo⁹⁸. A propósito, o autor alerta para o fato de que o *cross-examination* é, por certo, o método de confronto no âmbito probatório mais conhecido e estudado, mas que isso não implica ser esse o único

l'inclusione del dovere di verità nel 'paradigma del contraddittorio' è evidente. Se è vero che il sistema penale si fonda, in ultima analisi, sull'assunto che la previsione di una fattispecie incriminatrice distolga i consociati dalla realizzazione della relativa condotta, deve ammettersi che l'elemento in questione fornisca perlomeno un indizio della serietà della dichiarazione, alla luce dei rischi in cui il soggetto incorrerebbe mentendo. Ulteriori profili problematici insorgono qualora il dichiarante, che pure abbia giurato o sia comunque soggetto all'obbligo di dire la verità, non sia in concreto punibile per ragioni d'età, immaturità o infermità mentale. A tali questioni si accennerà nel prosieguo della trattazione, in relazione alla figura del testimone 'vulnerabile' (cfr. infra, § 6.3)." (MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore*, p. 74-75).

⁹⁷ O autor esclarece: "Se lo 'scudo' dell'anonimato incoraggia la trasmissione di informazioni (specialmente se di natura sensibile), l'identificabilità dell'autore ne aumenta significativamente l'affidabilità agli occhi del destinatario. L'assunto vale tanto nelle ordinarie relazioni interpersonali quanto nel diritto e nella teoria delle prove: sarebbe irragionevole che le 'voci correnti nel pubblico' contassero quanto le deposizioni giurate. La rivelazione all'imputato dell'identità dell'accusatore è elemento costitutivo del 'paradigma del contraddittorio' per ragioni evidenti. L'attendibilità di un testimone può porsi in dubbio, da un lato, rilevando le incongruenze del suo racconto e, dall'altro, contestandone l'integrità morale, la reputazione e l'interesse rispetto alle parti in causa. Scriveva Cesare Beccaria: 'ogni uomo ragionevole, cioè che abbia una certa connessione nelle proprie idee, e le di cui sensazioni sieno conformi a quelle degli altri uomini, può essere testimonio. Ma la di lui credibilità deve sminuirsi a proporzione dell'odio, o dell'amicizia, o delle strette relazioni, che passano tra lui, e il reo [...]. Parimenti la credibilità d'un testimonio può essere alcuna volta sminuita, quand'egli sia membro d'alcuna società privata, di cui gli usi, e le massime siano o non ben conosciute, o diverse dalle pubbliche'. È pratica ricorrente della difesa insinuare che i testi d'accusa covino qualche risentimento contro l'imputato. Per persuadere giudici e giurati, la tesi abbisogna di prove che talvolta presuppongono ricerche accurate. Servirà un'investigazione difensiva, ad esempio, per determinare se il teste abbia avuto, a suo tempo, una relazione extraconiugale con la vittima ovvero se sia titolare di partecipazioni in società concorrenti a quella dell'imputato. Parimenti, è bene che giudice e giurati sappiano che il dichiarante ha un'inveterata tendenza a mentire sotto giuramento, ovvero una lunga storia criminale. Per questa ragione, il testimone non può di norma invocare la privacy per impedire alla difesa di informarsi presso gli uffici competenti circa i suoi precedenti penali e di evocarli in pubblica udienza. L'elemento è dunque soddisfatto quando l'identità dell'autore della dichiarazione accusatoria è resa nota all'imputato o al suo avvocato; non basta ovviamente la comunicazione alla corte poiché la difesa non potrebbe esercitare, su di essa, alcun controllo. Per la verità, non pare fuori luogo aggiungere che la rivelazione dell'identità debba avvenire con congruo anticipo rispetto allo svolgimento dell'esame dialettico, così da garantirne un'adeguata preparazione." (ibidem, p. 76-77).

⁹⁸ Nas palavras do autor: "Ai fini di questo lavoro, per confronto dialettico deve intendersi la confutazione orale del contenuto di una 'dichiarazione testimoniale' nel contesto spazio-temporale della sua assunzione, al fine di insinuare nell'organo giudicante il dubbio sulla sua completezza, accuratezza e, più in generale, sulla credibilità del suo autore." (ibidem, p. 78).

meio pelo qual o confronto dialético se desenvolve⁹⁹. Assim, a definição mais genérica de disputa oral satisfaz esse elemento.

Apresentada essa construção geral do direito ao confronto, dispõe-se a com ela balizar a análise da legislação que regulamenta a produção da prova oral no processo penal brasileiro, de modo a, assim, identificar eventual aproximação ou afastamento do sistema processual penal pátrio relativamente ao sistema processual *adversarial*.

À semelhança do realizado no subitem anterior, observa-se desde já que, se, por um lado, as lições de Maffei servem de importante norteador para a noção de confronto que se discutirá no corpo deste trabalho, por outro, não são consideradas em sua inteireza como premissa estabelecida. Assim, no que toca à questão da presença do imputado, por exemplo, não se considerará, como as ideias do autor sugerem, que a retirada do réu do contexto da produção de uma prova testemunhal não diminui a plenitude do direito ao confronto, mesmo que as condições *in casu* permitam ao acusado ter plena percepção sensorial de todas as *nuances* do quadro. Neste caso específico, eventual intimidação pela presença da parte é inerente a um contexto que se sustenta pela disputa. Não se opõe, aqui, à limitação da intensidade desse confronto, mas é preciso que se reconheça nessas hipóteses, em termos lógicos, que isso ocorre.

⁹⁹ Maffei assim leciona: “Il fenomeno appena descritto si presta ad una duplice lettura. Da un lato, introduce un conveniente elemento di flessibilità nella formula del diritto al confronto che è qui in corso di elaborazione e che, come si è più volte ripetuto, è finalizzata ad un’applicazione tendenzialmente universale. Dall’altro, rappresenta la più evidente espressione del rischio che il right to confrontation finisca per modificarsi ‘geneticamente’ al contatto con lo stile inquisitorio, perdendo gran parte del proprio inimitabile valore garantistico. Non vi è chi non veda, infatti, come l’intermediazione del giudice – specialmente qualora questi assuma un atteggiamento antagonistico rispetto alle richieste della difesa – possa in concreto finire per annacquare il carattere confrontational dell’esame.” (MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell’imputato a confrontarsi con l’acusatore*, p. 80).

2 A FORMAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE UM PROCESSO PENAL *ADVERSARIAL*

Apresentadas as premissas acerca do que se entende por sistema processual *adversarial*, traça-se, aqui, o surgimento, no panorama inglês, da concepção de um processo penal *adversarial*, pois evidenciar os elementos que deram causa às suas principais características é importante para a compreensão da essência desse sistema.

Além disso, como exposto no item 1.2, há razões alheias ao direito que justificam a adoção de determinadas tendências jurídicas. O estudo do surgimento da ideia de um esquema competitivo de determinação dos fatos, assim, serve também como instrumento adequado à identificação do panorama ideal para a estruturação de um sistema processual nos mesmos moldes, ou, no caso específico deste trabalho, para a verificação das condições para que o sistema processual penal brasileiro se influencie pelo sistema *adversarial* – bem como dos consequentes limites dessa influência.

Para tanto, foram utilizadas na elaboração deste capítulo fundamentalmente obras de John Langbein, J. M. Beattie, Stephen Landsman, John Hostettler e outros autores¹⁰⁰ que se empenharam na tarefa de reconstruir as origens do sistema processual penal *adversarial* e que, como se observará, obtiveram acesso aos registros dos julgamentos realizados no Tribunal londrino de *Old Bailey* – que pode ser considerado o palco da transmutação do processo penal inglês –, diferentemente dos estudiosos clássicos¹⁰¹ – aos quais, no que for cabível, recorrer-se-á também. O acesso a essas obras e o cruzamento dos seus resultados somado ao acesso aos registros originais de *Old Bailey* permitem, para os fins deste trabalho, tecer certas considerações acerca das origens de um processo penal com a concepção *adversarial*, nos termos do que foi definido no Capítulo 1.

¹⁰⁰ Para uma reconstrução histórica efetuada pela doutrina brasileira, veja-se MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*, p. 7-17.

¹⁰¹ Destacam-se John Henry Wigmore, Jeremy Bentham, Sir Edward Coke, James Fitzjames Stephen e William Holdsworth, entre outros.

2.1 O *Altercation Trial* e a ideia da disputa: causas, escopo processual e características

De início, faz-se necessário esclarecer que, a despeito da metodologia adotada neste trabalho – a de que o sistema processual penal *adversarial* é um “tipo ideal” e, portanto, não corresponde *ipsis litteris* a nenhum existente na realidade –, é possível identificar no processo penal inglês do fim do século XVII e seguintes o florescimento da ideia que fundamenta a elaboração desse tipo. Foi naquele momento e sob as específicas circunstâncias inglesas daquele tempo que se concebeu a ideia de um processo penal calcado no protagonismo das partes, o que permitiu o posterior desenvolvimento de todo um conceito de processo penal *adversarial*. Portanto, compreender a Inglaterra e o seu contexto histórico é compreender a origem do sistema processual penal *adversarial*.

Optou-se, assim, pelo recorte temporal inicial incidente no momento em que a mudança de paradigma dá sinais de existência. Para isso, neste item serão tecidas breves considerações estáticas sobre as características do processo penal inglês no momento precedente ao surgimento da ideia de processo *adversarial* – por vezes referido como *Altercation Trial* – e, apenas desse ponto em diante, analisar-se-á, de modo dinâmico e gradual, a evolução do sistema processual em direção a um processo de adversários.

Ao se proceder à caracterização do *Altercation Trial*, a primeira consignação a se fazer diz respeito ao fato de a sua ideia central ter sido a de que o acusado devia falar. Acreditava-se que a palavra do acusado era a fonte mais completa que conduziria o Tribunal à obtenção da verdade, até então considerada escopo do processo penal inglês. Assim, tudo o que não se coadunasse com esse objetivo primordial apresentava-se como indesejável.

Entre a gama de elementos vistos dessa maneira, pois contraditórios ao que se acreditava necessário à obtenção da verdade, destacava-se a atuação de representantes legais do acusado¹⁰². Como se pode depreender dos registros de *Old Bailey*, imperava no senso comum jurídico – basicamente constituído pela praxe – daquele momento que o acusado, por ser o único a ter vivenciado e presenciado todas as suas experiências, era o mais apto, mediante a sua oitiva, para desvelar sua culpa ou não pelos fatos imputados. Esse pensamento, mesmo sob a ótica atual, não é de todo errôneo. Ele se evidencia de modo muito

¹⁰² Beattie completa: “In such a trial, defense counsel was not only unnecessary, but positively harmful.” (BEATTIE, J. M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 221-267, 1991, p. 223).

contundente no atual direito de defesa do acusado no Brasil – mais especificamente nos direitos de presença e de audiência¹⁰³. A diferença fundamental entre o pensamento contemporâneo e o que embasava o *Altercation Trial* reside no fato de o primeiro tratar o acusado como um sujeito de direitos, sendo a sua oitiva – ou interrogatório – uma faculdade que lhe é atribuída para, caso deseje – e apenas nessa hipótese –, potencializar a sua defesa.

O *Altercation Trial*, de modo diverso, apesar de reconhecer o interrogatório como um instrumento de defesa, fazia-o apenas de modo incidental. A principal preocupação era com uma suposta pureza das palavras daquele a quem os crimes haviam sido imputados¹⁰⁴. As “palavras desnudas” constituíam os principais elementos de informação que os jurados utilizavam na formação das suas convicções¹⁰⁵. O acusado era visto, assim, substancialmente como fonte de informação.

Nessa lógica, a atuação de profissionais legais na elaboração da defesa reputava-se contrária à atividade de esclarecimento dos fatos. A interferência de indivíduos profissionais, filtrando o fluxo dos elementos que serviriam de base para a formação da convicção dos órgãos decisores, era vista como desnaturadora e artificializadora das palavras dos acusados

¹⁰³ Sobre o direito de defesa, Badaró sintetiza: “O direito de defesa apresenta-se bipartido em: (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa. O direito à autodefesa se divide em (1) direito de presença; (2) direito de audiência; (3) direito de postular pessoalmente. O direito de presença é exercido com o comparecimento em audiências pelo acusado. A sua presença permitirá uma integração entre autodefesa e a defesa técnica na produção da prova. Muitos fatos e pormenores mencionados por testemunhas são do conhecimento pessoal do acusado que, por estar diretamente ligado aos fatos, poderá auxiliar o defensor na formulação de perguntas e na demonstração de incongruências ou incompatibilidades do depoimento. Assim, a restrição da participação do acusado na audiência de oitiva de testemunhas pode implicar séria violação do direito de defesa como um todo. O direito de audiência, isto é, o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, é exercido, por excelência, no interrogatório. Trata-se, porém, de mera faculdade do acusado que, se desejar, poderá renunciar a tal direito, permanecendo calado (CR, art. 5º, LXIII).” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 54).

¹⁰⁴ Langbein sustenta: “The systemic unpreparedness of the accused, which the modern observer sees as a grievous and truth-impairing defensive disadvantage, was understood by contemporaries as a truth-serving effort to enhance the spontaneity of the accused’s account.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 63).

¹⁰⁵ Langbein destaca o julgamento de Elizabeth Borroughs e Bryan Carney, no Tribunal de *Old Bailey*, em 1736, no qual se nota que a dimensão da oralidade do julgamento se estendia à espontaneidade, razão pela qual o acusado até podia se valer de anotações, mas não simplesmente lê-las, como um discurso pronto, ao se defender (*Elizabeth Borroughs and Bryan Carney, OBSP (July 1736, # #79-70)*) (ibidem, p. 62-63). A propósito, acrescenta-se: “At the trial itself, accused felons had to speak in their own defense and to respond to prosecution evidence as it was given, and as they heard it for the first time. If they did not or could not defend themselves, no one would do it for them.” (BEATTIE, J. M. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 223).

e, portanto, como óbice à condenação de indivíduos culpados¹⁰⁶. Essa consistia em um dos principais motivos para a proibição da atuação de profissionais legais da defesa¹⁰⁷.

Ressalte-se, porém, que essa restrição dizia respeito à fase de julgamento, na qual se decidiam questões de fato¹⁰⁸. Era permitido ao acusado recorrer a advogados para dirimir questões à época consideradas de direito – na maioria dos casos em que isso ocorria, relacionava-se à não admissão da culpa antes do julgamento¹⁰⁹.

Como em geral as partes não contavam com o auxílio de profissionais do direito, durante os julgamentos cabiam ao juiz as atividades de solicitar e examinar provas. Ao

¹⁰⁶ Langbein completa: “The dubious claim that the rule against defense counsel worked to the advantage of the accused was in tension with a rather opposite concern – not the pretense that denying a counsel helped the accused, but the frank recognition that allowing him counsel would work to his advantage by hampering the trial court’s ability to convict him if he were guilty. Judges and juristic writers feared that counsel would tend to speak in place of the accused, and thereby diminish the accused as an informational resource for the court. There was also concern that counsel’s defensive tactics would impair the court’s ability to adjudicate accurately.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 35).

¹⁰⁷ É de se ressaltar que a restrição à recorrência do acusado a advogados não existia em relação à prática de crimes considerados de menor potencial ofensivo (*misdemeanor*). Langbein sustenta não haver razões que expliquem satisfatoriamente essa diferença de tratamento, mas indica que talvez o fato de os crimes considerados *misdemeanors* tocarem questões concernentes a direitos civis, como o de propriedade, explique a participação de advogados de defesa no julgamento (*ibidem*, p. 36-37). Nas palavras do autor: “The category of misdemeanor included a variety of matters of a largely civil or regulatory character – for example, the liability of property owners and parishioners for the upkeep of the roads. 132 Questions touching property rights constituted the field in which lawyers were most prominent in civil practice; it would have been awkward to forbid counsel when an archaic procedural form chanced to cast an issue that turned on property rights as misdemeanor rather than, say, civil trespass or nuisance.” (*ibidem*, loc. cit.).

¹⁰⁸ Em tese até se pode conjecturar que alguma questão de direito poderia ser arguida no curso do julgamento. Não havia restrição para que o acusado se valesse de um advogado durante essa fase, desde que para alegações dessa espécie. Todavia, como demonstra Langbein, na prática isso nunca ocorria, pois se negava ao acusado a cópia da acusação, cujos termos (e, portanto, questões de direito a serem alegadas) ele só tomava ciência no início do julgamento. Ademais, o autor também ressalta que a pobreza da maioria da população que era criminalmente julgada impedia que contratassem serviços jurídicos. A propósito, ressalta-se: “The rule against defense counsel did not, therefore, purport to apply to questions of law. When ‘some Point of Law arise[s], proper to be debated,’ the accused was entitled to have defense counsel to argue it, even in a case of treason or felony. Such cases of acknowledged legal complexity were, however, infrequent. The standard as Foster expressed it in a handwritten note made in the margin of his copy of Hale’s *Pleas of the Crown* was: ‘At common law no counsel was allowed in capital cases except in questions of law, and then only in doubtful, not in plain cases.’ Furthermore, the burden was on the defendant to show that his was an appropriate case, for ‘in no case’ wrote Coke, can the defendant ‘pray counsel learned generally, but must show some cause.’ Such cause commonly took the form of an objection to the sufficiency of the indictment, usually upon arraignment, hence in advance of trial, although usually as part of a continuous session. The practice of refusing to allow the accused to have a copy of the indictment made such a challenge difficult to mount; the precise terms of the indictment were disclosed to the accused only at the arraignment, when the clerk orally translated the indictment from the Latin original. Moreover, most criminal defendants were paupers who could not afford to hire counsel to make such motions.” (*ibidem*, p. 26-28).

¹⁰⁹ Langbein explica: “In theory, a criminal defendant was allowed to engage counsel to make submissions of law, particularly at the arraignment or pleading phase, 80 which occurred in advance of trial, sometimes in a separate proceeding, but usually as a preliminary stage of the trial proceeding. The vast preponderance of criminal defendants raised no issues of law on arraignment, but simply pleaded not guilty. Pleading was about law, trial was overwhelmingly about fact.” (*ibidem*, p. 26).

mesmo tempo em que se esperava que o juiz atuasse em socorro à defesa¹¹⁰ – apesar de nem sempre ele se sentir vinculado a isso¹¹¹ –, também era de sua competência auxiliar a acusação na condução do caso. Questionamentos de testemunhas pelas partes, como destacado por Langbein com um caso de 1725¹¹², deviam ser direcionados primeiramente à Corte, e esta, caso os considerasse apropriados, faria reperguntas às testemunhas.

O autor também aponta em seus estudos a existência de indicativos nos registros de *Old Bailey* de que se acreditava, naquele contexto, que a ideia de um *standard* probatório em favor da vida (*in favorem vitae*) em casos de dúvida – e, desse modo, favorável ao acusado – era considerado suficiente para a proteção do réu inocente, de modo a suprir a ausência de atuação de um advogado em defesa do réu¹¹³. Por certo, não se tratava da aplicação do princípio da presunção de inocência, mas também não é algo que se possa ignorar.

Outra característica daquele processo inglês – o *Altercation Trial* – era a acusação privada. O Estado não dispunha do aparelhamento necessário às atividades de investigação e acusação criminais¹¹⁴. As razões disso não são claramente evidenciadas na literatura jurídica da época. Como aponta Langbein, a doutrina daquele tempo nem ao menos defendia

¹¹⁰ Assim, “Because so few defendants engaged counsel to raise objections of law, the procedural system left it to the trial judge to spot legal flaws in criminal prosecutions sua sponte (that is, without prompting from counsel). The court, it was said, would be counsel for the accused.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 28).

¹¹¹ Langbein resgata julgamentos em que a Corte explicitamente afirmava não ser sua função aconselhar o acusado. Em outros, porém, os juízes pareciam sentir esse dever. Para detalhamento mais aprofundado do assunto, veja-se Langbein (ibidem, p. 28-33). Ainda sobre o tema, Beattie explica: “It was often said that to the extent that the defendant required counsel, the English judges took that role upon themselves. But what was meant was that the judges would protect defendants against illegal procedure, faulty indictments, and the like. It did not mean that judges would help the accused to formulate a defense or act as their advocates. In fact it perfectly expresses the view that the defendant should not have counsel in the sense that we would mean.” (BEATTIE, J. M. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 223).

¹¹² O autor faz referência ao julgamento de Jonathan Wild, documentado em *3 Select Trials at the Sessions-House in Old Bailey 158, 161 (London 1742 edn. (4 vols.) (1st ed. 1735): “1 Select Trials 98. Using nearly identical language, the trial judge told the so-called ‘thieftaker general,’ Jonathan Wild, at his trial in 1725: ‘You must not propose your Question to the Witness but to the Court; and, if your Question is proper, the court will require the Witness to answer it’.*” (LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 16).

¹¹³ Na expressão de Langbein: “Another justification for the rule denying trial counsel to persons accused of felony or treason was the contention that the standard of proof would suffice to protect the accused. [...] But long before the courts articulated the beyond-reasonable-doubt standard, they were sensitive to the notion that in criminal adjudication, doubts should be resolved in *favorem vitae* (in favor of life).” (ibidem, p. 33).

¹¹⁴ A investigação preliminar (*pretrial investigation*) na Inglaterra daquele tempo era disciplinada pelo Marian Committal Statue of 1555, que regulava a contratação de magistrados locais (*Justices of Peaces*, ou *JP*), cuja função, de investigação, destinava-se ao reforço das teses acusatórias. Para isso, os JP podiam determinar buscas e apreensões, prisões processuais, bem como a oitiva compulsória de testemunhas de acusação. Muitas vezes atuavam como testemunhas sobre a investigação preliminar, e os registros que elaboravam sobre os fatos ocorridos nessa fase costumavam ser determinantes para o resultado do julgamento. Para aprofundamento mais detalhado sobre o tema, veja-se Langbein (ibidem, p. 40-48).

a ausência de atuação do Estado nessas searas. O fato é que assim ocorria. Apenas em raras exceções, como nos casos concernentes à traição (*Treason Trials*), é que a Coroa efetivamente atuava com um representante legal na acusação criminal¹¹⁵ – e consequentemente na atividade de investigação.

O fato da acusação privada, àquele tempo, ser praticamente a única via de persecução penal gerava consequências a respeito da política criminal inglesa. Ora, se a persecução penal atua também como um instrumento de combate e prevenção à criminalidade, como artifício de controle social e político, a sua não efetivação inevitavelmente trazia consequências negativas nesse sentido. E como os particulares nem sempre se dispunham a colocá-la em prática, uma vez que não são pequenos os desgastes – em todos os aspectos – sobre aqueles que se empenham nas atividades de investigação e acusação criminais, a Coroa, a partir de 1692¹¹⁶, recorreu a incentivos para que particulares realizassem a persecução penal¹¹⁷. Esses estímulos, porém, revelaram-se problemáticos a ponto de desequilibrar sobremaneira o processo penal inglês e impor mudanças no sentido da formação de um processo *adversarial* – que serão analisadas no item seguinte.

Outro relevante traço do *Altercation Trial* era a rapidez dos julgamentos. Como observa Langbein, não costumavam durar mais do que meia hora¹¹⁸. Como possível decorrência dessa velocidade e da desnecessidade de desafogamento do Judiciário, o autor salienta que o instituto da admissão de culpa em troca de uma atenuação da pena (*plea*

¹¹⁵ É importante ressaltar que, apesar de incomum e geralmente só utilizada nos casos de traição, a assistência de um profissional legal durante o julgamento sempre era permitida para a acusação. A restrição à sua recorrência somente existia para a defesa, como demonstra Langbein: “The rule against defense counsel had no counterpart on the prosecution side. Yet even though the prosecutor was permitted to engage counsel, in cases of felony he virtually never did, until the changes in eighteenth-century practice.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 12).

¹¹⁶ Veja-se: “Beginning in 1692, 206 Parliament enacted a series of statutes that offered rewards up to £40 207 to persons who would apprehend and convict offenders who committed serious property crimes: highway robbery, burglary and housebreaking, coining, theft of livestock, and certain other offenses.” (ibidem, p. 148).

¹¹⁷ Langbein explica que “The primitiveness of the public institutions of law enforcement in England left the authorities little alternative but to privatize enforcement. When the authorities thought that revenge or other motives would not achieve sufficient levels of enforcement, they sometimes used enforcement bounties to encourage greater prosecution.” (ibidem, p. 149).

¹¹⁸ Nas palavras do autor: “The altercation trial was an abrupt affair. At provincial assize courts in the Elizabethan-Jacobean period (1558-1625) the average duration of a trial, including time for jury deliberations, has been reckoned at between fifteen and twenty minutes. [...] By the mid-eighteenth century the average trial time at assizes may have lengthened slightly, to about half an hour per trial. [...] In the later seventeenth and early eighteenth centuries the Old Bailey, which was the felony trial court for London and the surrounding county of Middlesex, processed between twelve and twenty jury trials per day through a single courtroom. 40 So characteristic was the brevity of trial that when an exceptional criminal trial lasted for some hours, its duration became a subject of remark.” (ibidem, p. 16-18).

bargaining) inexistia^{119,120}. Mais que isso, a admissão de culpa não só não gerava efeitos benéficos ao acusado como as Cortes desencorajavam essa medida condicionando a análise de circunstâncias favoráveis ao acusado, que podiam atenuar as até então severas penas usualmente impostas pelo Tribunal, à não admissão de culpa¹²¹.

Ademais, o desequilíbrio entre acusação e defesa no *Altercation Trial* se revela em toda a sua intensidade se observada a questão específica da prova testemunhal – praticamente o único meio de prova do qual as partes dispunham naquele contexto. Se por um lado as testemunhas de acusação podiam ser compelidas ao comparecimento e faziam seus depoimentos sob juramento, o acusado até podia apresentar testemunhas, desde que estas comparecessem voluntariamente, pois os mecanismos de comparecimento compulsório só se relacionavam às testemunhas de acusação¹²². Ademais, as testemunhas de defesa, diferentemente das de acusação, não eram ouvidas sob juramento, o que resultava em um considerável desequilíbrio quanto às suas respectivas credibilidades (e valor probatório, por consequência)¹²³.

No caso específico da proibição do juramento, a doutrina identifica um fundamento de caráter religioso, com racionalidade semelhante à dos julgamentos por ordálias¹²⁴. Em

¹¹⁹ Veja-se: “Just as the want of plea bargaining helps explain the rapidity of the trial times, the rapidity of trial helps explain why there was so little use of guilty pleas. Modern plea bargaining entails the surrender of the defendant’s right to trial in exchange for a lesser sanction. A plea-bargaining defendant effectively trades back to the state his right to put the criminal justice system to a time-and-resource-consuming trial. But when trials were short and rapid, the crown had no particular incentive to engage in the exchange, and thus the defendant had no bargaining chips.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 18-19).

¹²⁰ Quanto aos fundamentos justificadores do instituto do *plea bargaining*, fuge ao escopo desta dissertação a análise das suas divergências. Há correntes teóricas e empíricas que negam a plausibilidade do argumento que atrela a sua justificação à sobrecarga do Judiciário, mas o fato é que, ao menos formalmente, é sob esse manto que o instituto costuma se justificar. Para aprofundamento mais detalhado sobre o tema, vejam-se VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 72-88; FISHER, George. *Plea bargaining’s triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2013. passim; e MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury trials and plea bargaining: a true history*. Oxford: Hart Publishing, 2005. passim.

¹²¹ Sobre a atenuação da pena, Langbein elucida: “The trial court’s role in sentencing and clemency, discussed later in this chapter, also militated strongly against guilty pleas, even in cases in which conviction was certain. 52 Unless he pleaded not guilty, the accused would lose all opportunity for the court to consider evidence of mitigating factors.” (LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 20).

¹²² Hostettler, ao se referir aos mecanismos de comparecimento compulsório, completa: “Moreover, whilst witnesses for the prosecution were bound over to appear at trial, the accused could not compel the attendance of witnesses” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*. Sheffield Gables: Waterside Press, 2006. p. 13). Nessa mesma esteira segue Beattie ao sustentar: “The accused could not compel the attendance of witnesses.” (BEATTIE, J. M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 223).

¹²³ Nas palavras de Langbein: “Until 1696 Act defense witnesses were not allowed to testify on oath, hence they were less credible than prosecution witnesses, who were sworn.” (LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 96).

¹²⁴ A propósito do tema, veja-se: “Os germanos deram a conhecer um tipo de prova grandemente usado na Idade-Média e baseado na crença de que Deus interfere para dar razão a quem a tem. Daí o nome: *juízo de*

suma, a ideia era a de evitar o caráter de blasfêmia resultante de depoimentos contraditórios, ambos sob o manto de juramentos¹²⁵.

Por fim, merece destaque a peculiar relação que os jurados possuíam com os juízes. Nos tempos do *Altercation Trial*, suas deliberações finais eram rápidas e simples – raramente os jurados se retiravam da sala de julgamento para realizá-las¹²⁶. As regras de exclusão probatória ainda não existiam e as instruções dos juízes para os jurados eram superficiais. A relação entre eles, em decorrência disso, era informal, e a impossibilidade de atuação dos advogados na fase de julgamento contribuía para que assim fosse¹²⁷.

Assim, o processo penal que precedeu a eclosão dos traços *adversariais* no ordenamento processual penal inglês possuía, perante os padrões atuais, características de desequilíbrio bastante notáveis. A visão do acusado como fonte de informação somada à restrição à defesa técnica, a julgamentos sucintos, ao vácuo gerado pela não atuação estatal nas atividades de investigação e acusação criminais e aos perniciosos incentivos oferecidos pela Coroa para que os particulares promovessem a persecução penal, além de outras questões concernentes à fase de investigação preliminar¹²⁸, tornavam impraticável o exercício de uma defesa minimamente satisfatória – do que presume-se que, em consequência, ocorriam incalculáveis erros judiciais.

Langbein, em reflexão sobre como um processo penal tão ineficiente do ponto de vista garantista se perpetuou por tanto tempo, sugere dois fatores determinantes. O primeiro seria o fato de que, até os séculos XIV e XV, os jurados não atuavam apenas como julgadores, mas como testemunhas. O corpo de jurados, em sua origem, representava um grupo de indivíduos que “já sabia” ou “devia saber” sobre os fatos. O conhecimento prévio que os jurados possuíam antes do julgamento, portanto, supostamente seria suficiente para

Deus. Assumia o juízo de Deus as formas de ordália (do alemão *Urteil*, antigamente *Urtheil*: decisão, sentença) e *duelo* [...]” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 210).

¹²⁵ Hostettler, ainda, explica que “These eminent jurists could not explain the restrictions on defence witnesses but it has been argued that the system forbade a conflict of oaths in capital cases in order to ensure that a verdict of guilt bore as divine an imprimatur as the decision of the Almighty in the earlier trial by ordeal.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 27).

¹²⁶ A esse respeito, Langbein explica: “This practice of rendering verdicts without withdrawing for deliberation became the norm under the system of individual verdicts.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 22).

¹²⁷ Veja-se: “Among the reasons that the jury could formulate its verdict so rapidly is that the relations of judge and jury were more informal and much less time-consuming than we now expect. The early modern trial was unhindered by the exclusionary rules of the modern law of evidence, whose administration is so cumbersome, and whose origins in the eighteenth and nineteenth centuries is the subject of Chapter 4 of this book. Judicial instruction of jurors was mostly perfunctory.” (ibidem, loc. cit.).

¹²⁸ Veja-se nota de rodapé nº 114 desta dissertação.

que proferissem uma sentença condenatória ou absolutória. A questão, porém, é que essa estruturação do Tribunal pressupunha uma sociedade dividida em grupos, o que se coaduna com a ideia de uma sociedade rural – em outras palavras, as pessoas precisariam se conhecer e saber umas sobre as vidas das outras. Uma vez que esse panorama se alterou, o Tribunal do Júri inglês perdeu completamente a sua autossuficiência de informação e se tornou um julgador passivo e ignorante dos fatos. A reação a esse contexto, para Langbein, talvez explique a centralidade do *Altercation Trial* na extração da palavra do acusado, uma das mais importantes fontes de informação, ofuscando, assim, a ineficiência garantista do processo¹²⁹.

Além disso, o autor aponta que no fim da Idade Média o processo só se aplicava aos julgamentos de “crimes clandestinos”, pois nos casos de captura em flagrante delito o suspeito era executado imediatamente. Assim, a insensibilidade do *Altercation Trial* à impossibilidade de defesa talvez se explique também pelo fato de o advento desse sistema já ter significado um considerável incremento à defesa daqueles que, no cenário de “linchamento”, nem ao menos tinham direito a um julgamento¹³⁰.

Um aprofundamento maior nesse campo refoge ao escopo deste trabalho. Definido o processo imediatamente anterior ao surgimento da ideia de um processo penal *adversarial*, passa-se à transição que o originou.

¹²⁹ Sobre o assunto, o autor leciona: “Across the fourteenth and fifteenth centuries this reliance upon juries of close neighbors who could inform themselves about the circumstances of a crime broke down. The medieval jury system presupposed a static populace and forms of communal agricultural organization whose dissolution probably began in earnest with the vast social dislocations of the Black Death of 1348-9. [...] The altercation trial took shape in response to this passivization of the jury. The seeming one-sidedness both of the Marian pretrial investigation and of the altercation trial reflects the strains that the legal system had experienced in responding to the loss of the self-informing trial jury. As the jury became ignorant of the events in issue, contemporaries may have seen the advantage shifting to the accused. [...] Seen, therefore, in the light of then recent historical experience, the unfairness of the altercation trial may not have been evident to those who constructed and operated it in the sixteenth and seventeenth centuries. The English would need to learn from experience just how dangerous this mode of criminal trial could be to persons wrongly accused.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 64-65).

¹³⁰ Na expressão de Langbein: “Seen, therefore, in the light of then recent historical experience, the unfairness of the altercation trial may not have been evident to those who constructed and operated it in the sixteenth and seventeenth centuries. The English would need to learn from experience just how dangerous this mode of criminal trial could be to persons wrongly [...]. Another epochal change in the conduct of criminal justice that occurred in the transition from medieval to early modern times may also have affected contemporary perceptions about the appropriate balance of safeguard. Into the later Middle Ages trial of any sort was reserved largely for cases of clandestine crime. Someone caught in the act or in flight from a serious crime was put to death on the spot, without trial. ‘Without being allowed to say one word in self-defense, he will be promptly hanged, beheaded or precipitated from a cliff,’ Maitland wrote. By the end of the Middle Ages this lynch justice had been brought under control, and all accused persons were being brought to trial. In the eyes of Sir Thomas Smith’s contemporaries, the altercation trial must have represented a vast enhancement in defensive safeguard for persons who previously would have been executed without being allowed to mount any defense.” (ibidem, p. 65).

2.2 Uma gradual transição: da aversão à defesa técnica ao pleno domínio do processo pelos advogados

2.2.1 O *Treason Trials Act* de 1696: o aparecimento do advogado de defesa

Os primeiros casos de que se tem notícia da utilização de assistência legal dizem respeito aos julgamentos de casos de traição¹³¹, sob a vigência do *Treason Trials Act* de 1696¹³². Seria imprudente afirmar que apenas um fator isolado determinou a edição dessa legislação, razão pela qual faz-se a ressalva de que serão apresentados, aqui, os mais significativos deles¹³³.

Inicialmente, e talvez principalmente, é de se notar que aqueles que detinham os poderes e as condições de exercer pressão sobre a configuração do direito raramente deparavam-se com o processo penal do ponto de vista do acusado. A falta de empatia entre aqueles que determinavam as regras processuais e aqueles aos quais essas regras eram aplicadas era evidente, pois os primeiros não se submetiam sistematicamente à persecução penal. Com o aumento das perseguições por casos de traição no contexto da Revolução Gloriosa, porém, esse cenário se modificou¹³⁴.

O crime de traição, caracterizado pela ameaça ao Poder Constituído¹³⁵, raramente podia ser praticado por qualquer sujeito. O sujeito ativo dessa infração necessariamente devia possuir capacidade de ameaça à figura do monarca, característica muito própria

¹³¹ Langbein afirma: “The first great breach in the rule against defense counsel occurred with the enactment of Treason Trials Act of 1696.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 67).

¹³² Veja-se WILLIAM III, 1695-6: an act for regulateing of tryals in cases of Treason and Misprision of Treason [chapter III. Rot. Parl. 7 & 8 Gul. III. pt. 1.nu.3.]. In: RAITHBY, John. *Statutes of the Realm. British History Online*. v. 7, 1695-1701, p. 6-7, 1820. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol7/pp6-7>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

¹³³ Sempre de acordo com a doutrina especializada, conforme se assinalou no início deste Capítulo 2.

¹³⁴ A propósito, enfatiza-se: “A series of major treason trials occurred across the decade from 1678 to the outbreak of the Revolution of 1688-9. These trials – arising from the Popish Plot (1685), the Rye House Plot (1683), and Monmouth’s Rebellion (1685) – would prove to be landmark events in the subsequent movement for procedural reform. As the treason trials wore on, the perception became widespread that innocent persons of the politically significant classes had been convicted and suffered traitors’ deaths for want of the ability to defend effectively against baseless prosecutions. These perceived miscarriages of justice provoked a movement for enhanced defensive safeguards that resulted in provisions of the Declaration of Rights and the ensuing Bill of Rights of 1689, then led to the Treason Trials Act of 1696, and culminated with the reform of judicial tenure in the Act of Settlement of 1701.” (LANGBEIN, John H. *Op. cit.*, p. 69).

¹³⁵ Langbein explica que o “Treason was the crime of taking or plotting against the life of the monarch, or raising armed rebellion.” (ibidem, p. 12-13). Por sua vez, Hostettler assim define traição: “Treason: Conspiring to overthrow the monarch or levying war against him or her.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 166).

daqueles que possuíam certos graus de instrução, condições econômicas favoráveis, prestígio social e político etc. Ou seja, de modo geral pode-se afirmar que os sujeitos ativos dos crimes de traição eram, no mais das vezes, aqueles que podiam, de alguma maneira, influenciar a modificação da legislação.

Colocada essa classe de indivíduos, de modo sistemático, diante do *Altercation Trial*, é provável que se tenha vislumbrado a impropriedade, sob certos aspectos, da não utilização de assistência jurídica perante o Tribunal. Uma vez diante da persecução penal, notou-se a dificuldade inerente às atividades de investigação dos fatos, convocação de testemunhas, preparação da tese defensiva e, principalmente, de *performance* perante o Tribunal. Tudo isso se agravava sob a ótica defensiva quando se tinha em mente que a prisão para o aguardo do julgamento era a regra¹³⁶, embaraçando – ou impossibilitando – ainda mais a realização dessas tarefas.

Outro fator relevante à mudança de paradigma sobre o uso de advogados nos casos de traição diz respeito à complexidade desses casos¹³⁷. O tipo penal do crime de traição, por sua especificidade, não raras vezes se confundia com outros atos semelhantes¹³⁸. As possíveis defesas, portanto, frequentemente circundavam questões jurídicas concernentes ao que na atualidade se entende por tipicidade – como a desclassificação do crime ou a atipicidade da conduta imputada. Isso, por sua vez, não podia ser pessoal e satisfatoriamente feito por quem não tivesse conhecimento jurídico.

¹³⁶ Veja-se: “Virtually all accused felons were held in jail to await trial, and in conditions that made preparation difficult.” (BEATTIE, J. M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 223).

¹³⁷ Como explica Langbein: “The 1696 Act undertook to clarify a few of the substantive law issues that had arisen in the trials of the 1680s by tightening the overt Act requirements, but ascertaining the line between loyal opposition and treason would continue to present difficult issues about the legal characterization of a defendant’s knowledge, conduct, and intent. [...] Even in the realm of fact, there was a sense that treason raised issues of special complexity. In cases such as the Popish Plot trials, or the prosecution of Russell’s alleged intrigues, the sole crime was talk. The Popish Plot trials underscored the danger of false witnessing, and hence, the need for careful probing of accusing testimony. By contrast, the citizen accusers who prosecuted ordinary crime were untainted by the intense political factionalism that surrounded treason cases.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 99-100).

¹³⁸ A propósito, “The sense that the bench was untrustworthy in treason cases interacted with another concern that was thought to be unique to treason, the legal complexity of the offense. The 1696 Act undertook to clarify a few of the substantive law issues that had arisen in the trials of the 1680s by tightening the overt Act requirements, but ascertaining the line between loyal opposition and treason would continue to present difficult issues about the legal characterization of a defendant’s knowledge, conduct, and intent. Accordingly, there was a particular hazard about having a hostile bench interpret so malleable a legal standard. Even in the realm of fact, there was a sense that treason raised issues of special complexity. In cases such as the Popish Plot trials, or the prosecution of Russell’s alleged intrigues, the sole crime was talk.” (ibidem, loc. cit.).

Além disso, como já mencionado no item anterior, apesar de a regra geral do *Altercation Trial* ser a da acusação privada – o que, na prática, limitava consideravelmente a quantidade de casos em que a acusação recorria a advogados¹³⁹ –, nos julgamentos pelos crimes de traição a Coroa sempre atuava com um representante legal de excelência. O resultado dessa postura somado à restrição à utilização de advogados de defesa era, assim, um acentuado e sistemático desequilíbrio entre acusação e defesa sempre que os casos tratassem de crimes de traição.

Outro fator adicional de desequilíbrio do *Altercation Trial* agravado nos casos de traição consistia em não se poder afirmar que os juízes, àquele tempo, possuíam a autonomia necessária para que fossem considerados imparciais. Além de serem empossados nos seus cargos a critério da Coroa, podiam perder as suas funções também a seu bel-prazer. Assim, em especial nos casos de traição, em que a Coroa possuía interesse direto no resultado do julgamento, ela exercia tamanha pressão e estava tão intrinsecamente conectada em termos políticos aos Tribunais que dificilmente poder-se-ia falar em julgamento justo¹⁴⁰.

Em vista disso, foi editado o *Treason Trials Act* de 1696, que trouxe, pela primeira vez no panorama inglês, a possibilidade da utilização, pelo acusado, de assistência jurídica em processos criminais – ainda que as disposições dessa lei não se estendessem para além dos processos de casos de traição. Langbein aponta como razão para esse acontecimento o fato de que se acreditava, à época, que as mazelas do processo penal sem defesa técnica eram

¹³⁹ Ressalte-se que, “In the ordinary criminal trial, prosecution was the work of the victim or other citizen accuser. The resources of the crown were not routinely poured into finding and preparing prosecution witnesses; at best, the lay JP and the lay constable aided the victim to build his case in the Marian pretrial procedure. The victim was allowed to engage prosecuting counsel, but virtually never did. Thus, in the 1690s the prosecution of felony was still thought to be the province of the rustic, lawyer-free, altercation-type trial that Sir Thomas Smith depicted in the 1560s. Only treason proceedings needed equalizing, because only in treason prosecutions was prosecution counsel characteristic.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 99).

¹⁴⁰ Em relação a isso, “In the late seventeenth century, under the later Stuarts, judges held office at the King’s pleasure and at times were subjected to extreme pressure to ensure that they executed royal commands. Probably at no time had the English judiciary been more intimately associated with politics. Those judges who failed to do what the King required were abruptly dismissed, including 12 in four years during the reign of James II.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 13). Ainda, “The subservience of the bench in the late Stuart treason trials was also perceived as a problem special to treason, even though the main cure, judicial independence, could not be treason-specific and had to be addressed outside the 1696 Act, in the Act of Settlement of 1701. The judges who presided over the great treason cases were usually handpicked for the particular trial. Most of the trials took place in London, under the eye of the crown. The crown had an acute interest in the outcome of treason trials, whereas it had no direct interest in whether some accused was found guilty of stealing sheep or picking pockets. The drafters of the 1696 Act saw no particular reason to question the court-as-counsel rubric or to doubt the fairness of the judges in the routine administration of criminal justice. It was the special dynamic of the treason trial that led Hawles to contend that the judges “betrayed their poor Client, to please, as they apprehended, their better client, the King.” (LANGBEIN, John H. Op. cit., loc. cit.).

particularidades¹⁴¹ dos casos de traição, e não do processo penal como um todo¹⁴². Outros estudiosos do tema, em contraposição, afirmam que essas peculiaridades não eram tão determinantes a ponto de se embasar tal restrição, e sustentam, portanto, que o *Treason Trials Act* de 1696 representou uma legislação substancialmente classista¹⁴³.

Sublinhe-se, ainda, que o *Treason Trials Act* de 1696 também continha outras disposições relevantes – em sua maioria ligadas ao exercício da atividade profissional de defesa jurídica – ao surgimento da ideia de um processo penal *adversarial*. Entre elas, a legislação inovou ao possibilitar, com a antecedência de cinco dias da data do julgamento, a expedição de cópia dos termos da acusação ao acusado – ou a seu representante –, mediante pagamento de uma taxa considerada razoável. Essa cópia, porém, necessariamente devia omitir a identidade das testemunhas de acusação¹⁴⁴.

Outra modificação implementada pelo *Treason Trials Act* diz respeito às testemunhas de defesa. Como descrito no subitem anterior, na vigência do *Altercation Trial* as testemunhas indicadas pelo acusado não podiam nem depor sob juramento e nem ser compelidas ao comparecimento. O *Treason Trials Act*, quanto a essas questões, dispôs que nos julgamentos de casos de traição o acusado passaria a poder forçar o comparecimento das suas testemunhas¹⁴⁵ e estas, uma vez presentes, deveriam depor sob juramento –

¹⁴¹ A respeito dessas particularidades, destaca-se: “In responding to the treason trials of the late Stuarts, the drafters thought the lesson was that treason cases presented distinctive problems that required special procedures. Four aspects of treason prosecutions appeared to contemporaries to demarcate treason trials as a procedural world of their own, remote from ordinary crime: (1) the prosecutorial imbalance; (2) the subservience of the bench; (3) the complexity of the offense of treason; and (4) the rarity of treason cases. Collectively, these attributes seemed to justify particular procedures, in order to even up for the advantages of the prosecution.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 98).

¹⁴² Um indicativo do motivo da restrição da defesa técnica aos casos de traição possui fundamento lógico-sistêmico e não simplesmente elitista – no sentido de mais direitos para os mais abastados – diz respeito ao fato de que a questão da parcialidade dos juízes, severamente discutida no contexto da edição do *Treason Trials Act* de 1696, não poderia ser vista de outro modo senão como um problema do processo penal como um todo. Em razão disso, em 1701 – e pela proximidade temporal pode-se dizer que ainda no quadro das discussões no Parlamento iniciadas devido ao tratamento que se dava aos casos de traição – editou-se o *Act of Settlement* de 1701, que condicionou o exercício da magistratura ao bom comportamento, e não mais ao arbítrio da Coroa. Isso, para Langbein, seria uma demonstração de que não havia má-vontade em relação aos processos de crimes graves, e sim um má-compreensão das suas falhas. Para maior aprofundamento no tema, veja-se LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 79-83.

¹⁴³ Veja-se: HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 34-37; e STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the Criminal Law of England*. London: Macmillan and Co., 1883. v. 1, p. 332.

¹⁴⁴ Nas palavras de Langbein: “The first of the Act’s reforms was a provision granting the treason defendant the right to obtain ‘a true copy of the whole Indictment, but not the names of the Witnesses [...] five Days at least before’ the trial.” (LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 90).

¹⁴⁵ Veja-se: “The 1696 Act, striving to put the accused on an equal footing with the prosecution, granted the accused compulsory process. The language of the Act on this point echoes the concern sounded in the preamble about equalizing defensive opportunity. Persons accused of treason shall have the like process of the Court where such Trial or Trials, as is usually granted to compel Witnesses to appear against them.” (ibidem, p. 96).

equalizando, assim, a credibilidade dos depoimentos apresentados pelas testemunhas de defesa e de acusação¹⁴⁶.

Nota-se que, a despeito de o objetivo primário do *Treason Trials Act* ter sido o de corrigir certos desbalanços do *Altercation Trial* única e exclusivamente no tocante aos casos de traição, largos passos foram dados em direção a um processo *adversarial*. Se é certo que o processo implementado para esses casos não abrangia todas as características do processo *adversarial* descritas no Capítulo 1, pode-se dizer que, com a introdução da possibilidade da utilização de defesa técnica e de condições mínimas para tanto, preparou-se o terreno e foram geradas as condições para o florescimento desse sistema.

2.2.2 A implementação do advogado de defesa para além dos *Treason Trials*

Apesar de o *Treason Trials Act* de 1696 ter criado o primeiro sistema processual penal que se aproximou, de certo modo, do “tipo ideal” aqui definido como sistema *adversarial*, isso ocorreu de modo restrito a processos que julgavam casos de traição. A metástase dos mecanismos inseridos no ordenamento de início apenas para os casos de traição se deu posteriormente, em razão de fatores que não só tornaram inegável, mas que também acentuaram o desequilíbrio de um processo penal nos termos do já observado.

Antes de analisar esse cenário, faz-se necessário ressaltar que a transição para um sistema processual penal *adversarial* para os casos de crimes graves (*felonies*), de modo diverso de como parcialmente se deu para os crimes de traição, não se realizou por via legislativa. Sobre essa transformação, portanto, por um lado, não se tem preâmbulo, passagens legais ou discussões em casas legislativas que explicitem as razões que deram causa às referidas mudanças. Por outro lado, também em razão de não ter sido decorrência de uma decisão judicial paradigmática, não há, nesse aspecto, uma sentença expondo os fundamentos embaixadores de tal mudança. A identificação dos fatores de transição, desse modo, só pode ser feita mediante análise das circunstâncias da época em que ela se deu.

¹⁴⁶ Assim, a credibilidade ou não dos depoimentos, à época, justifica-se pelo fato de que, “Until the 1696 Act defense witnesses were not allowed to testify on oath, hence they were less credible than prosecution witnesses, who were sworn. [...] Consistent with the Act’s central theme of equalizing the accused and the crown, defense witnesses were made as credible as prosecution witnesses by placing both on oath. The Act authorizes the treason defendant ‘to make any Proof that he ... can produce by lawful Witness or Witnesses, who shall then be upon oath’.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 96-97).

Portanto, neste subitem serão expostos os resultados desse trabalho já realizado pela doutrina¹⁴⁷.

Constatado que a transição para o processo *adversarial* no âmbito dos *Treason Trials* ocorreu de modo a reestabelecer (ou estabelecer) o equilíbrio processual, é de se supor que o ponto de ruptura do *Altercation Trial* para crimes graves deu-se em um contexto de extremo desequilíbrio. E a doutrina aponta com certa precisão os porquês de se concluir que o sistema processual penal inglês do século XVIII tenha chegado a esse ponto.

Um dos fatores desse desequilíbrio diz respeito à utilização de assistência jurídica pela acusação¹⁴⁸. Como demonstrado nos pontos anteriores, a restrição do uso de advogados se dava exclusivamente para a defesa. Porém, os registros de *Old Bailey* indicam que até 1730 os acusadores raramente se valiam da assistência jurídica com a qual podiam contar¹⁴⁹. Na maioria dos casos, o processo consistia no enfrentamento entre ofendido e acusado. Apenas nos casos mais excepcionais – em geral aqueles de traição, nos quais a Coroa possuía nítido interesse na condenação dos acusados – é que a acusação se valia de profissionais legais. Não por acaso, essa é uma das razões pelas quais Langbein afirma que, no momento da edição do *Treason Trials Act* de 1696, acreditou-se ser o desequilíbrio processual até então existente peculiar aos casos de traição, limitando-se, assim, os efeitos da legislação niveladora.

A doutrina indica como um dos fatores responsáveis por ocasionar esse incremento súbito na utilização de assistência jurídica a proliferação, na Inglaterra, de associações para a contratação de acusadores técnicos¹⁵⁰. Essas associações, explica Langbein, atuavam à

¹⁴⁷ LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 107-108.

¹⁴⁸ Sobre esse desequilíbrio, salienta-se: “Across the eighteenth century, solicitors came to play an ever increasing role in the work of investigating criminal cases, shaping criminal charges, and preparing evidence for trial, a role whose essentials survive in modern English Practice. [...] The use of prosecution solicitors was associated with a perceptible increase in the use of counsel to prosecute felony cases at trial, further exaggerating the imbalance between the unaided accused and a lawyer-conducted prosecution.” (ibidem, p. 109).

¹⁴⁹ Veja-se: “In the same years that the prosecution solicitor was entrenching himself in the pretrial process in cases of serious crime, lawyerization was spreading from pretrial to trial. The sources evidence a growing use of prosecution counsel to conduct felony cases at trial, further distancing the eighteenth-century criminal trial from Sir Thomas Smith’s lawyer-free altercation of citizen accuser and citizen accused. From the later 1710s and into the 1720s the Sessions Papers contain a trickle of cases, about one a year, in which the appearance of prosecution counsel is disclosed. Such cases are reported with increasing frequency in the early 1730s. For the year 1734, in which the Sessions Papers disclose the first appearance of defense counsel, there were eight cases in which prosecution counsel is identified.” (ibidem, p. 145-146).

¹⁵⁰ Ao tratar sobre essa proliferação, Langbein diz: “Another channel of engagement that placed criminal prosecutions under the management of solicitors was the association for the prosecution of felons. These remarkable organizations were formed in uncounted profusion through most of England. The earliest known

semelhança do que hoje se concebe como uma seguradora. Seus integrantes pagavam uma certa taxa/anuidade e, por conseguinte, quando vitimados por algum crime, a associação cobria os custos advocatícios para que a persecução penal fosse realizada¹⁵¹.

Assim, à medida que o uso de assistência jurídica se alavancou a ponto de se tornar sistemático, adicionou-se um sobrepeso em um dos lados da balança que, de certa maneira, alterou as relações de equilíbrio do sistema – que por si já padecia nesse aspecto. Tornou-se, sob essas circunstâncias, relativamente insustentável a ideia da restrição do uso de advogados pela defesa.

Outro fator responsável por agravar o desequilíbrio do *Altercation Trial* foi o sistema de recompensas por condenações criminais.

Como já assinalado, a Inglaterra daquele tempo não possuía, em seu aparato estatal, mecanismos de promoção das atividades de investigação e de acusação criminais. Em consequência disso, a proporção de crimes que resultavam em persecuções penais era baixa, o que comprometia – ou ao menos acreditava-se que comprometia – as funções político-sociais desse ramo do direito. O Estado, diante desse cenário, e provavelmente sem condições de subitamente exercer essas incumbências, recorreu ao oferecimento de recompensas aos particulares que, atuando como parte acusadora na persecução penal de determinados crimes, obtivessem êxito – ou, em outras palavras, garantissem condenações criminais¹⁵².

examples date from the 1690s. The organizations were especially characteristic of the decades after 1770.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 131-132).

¹⁵¹ Nesse caso, “As the name implies, the prosecuting associations were voluntary organizations of a sort now sometimes characterized as mutual benefit insurance societies. [...] The association for the prosecution of felons was a benefit society for the purpose of bearing some of the costs associated with the risk of being victimized by a serious crime. Members adopted articles of association and paid a subscription. When a member suffered a crime of a type covered in the articles, the association would pay the expenses of criminal investigation and prosecution. It would advertise stolen goods and offer rewards for the return of goods and the apprehension of culprits. Sometimes the articles of the association contained a schedule of rewards payable to persons “giving such information against such offenders as shall lead to his or their conviction.” (ibidem, p. 133).

¹⁵² Sobre esses estatutos de recompensa, Langbein disserta: “Beginning in 1692, Parliament enacted a series of statutes that offered rewards up to £40 to persons who would apprehend and convict offenders who committed serious property crimes: highway robbery, burglary and housebreaking, coining, theft of livestock, and certain other offenses. The first reward statutes were part of a broader program designed to stiffen law enforcement under William III, reflecting the concern of the government in the aftermath of the Revolution of 1688-9 that urban disorder could imperil the new monarch’s grip. The weak point in the received policing and prosecutorial practice was the neglect of the investigatorial function, that is, seeking information when the facts of a crime were not fairly obvious. The Marian system left that work to the victim or to the amateur JP, but if they were not able or disposed to do it, it did not get done. The reward statutes created incentives for others to take up the job. Offering a financial inducement to encourage volunteers to engage in law enforcement was a device that already had a long history in England when the legislation of the 1690s extended it to felony.” (ibidem, p. 148-149).

As recompensas oferecidas pelo Estado, todavia, logo revelaram-se inconvenientes, talvez por terem se tornado atrativas demais. Langbein dá conta que o salário médio anual de um artesão inglês, à época, girava em torno de 20 libras anuais, enquanto o de um trabalhador, em geral, alcançava patamares inferiores a 15 libras por ano¹⁵³. Os incentivos estatais para a persecução penal variavam, mas podiam chegar a até 140 libras por pessoa condenada¹⁵⁴. Assim, não é de se estranhar que grupos destinados ao exercício sistemático da atividade de promoção da persecução penal tenham sido formados. A acusação ordenada e recompensada flertou, como se pode notar em uma série de casos¹⁵⁵ documentados nos registros de *Old Bailey*, com o perjúrio. Em outros termos, a recompensa financeira era tamanha que tornava economicamente viável o estabelecimento de organizações destinadas à produção de provas – no mais das vezes, testemunhos – falsas que embasassem a condenação de inocentes.

É de se imaginar que não raras vezes os testemunhos consistiam em perjúrios evidentes. Os acusados, em regra, eram incapazes de combatê-los por não dominarem nenhum tipo de retórica, por não serem habituados ao universo jurídico e por todos os outros inconvenientes intrínsecos à ausência de defesa técnica já demonstrados.

Com o passar do tempo tornou-se notória a existência desses grupos, bem como o fato de que um incontável número de inocentes era ordinária e injustamente vitimado processualmente¹⁵⁶. A solução para esse problema, à primeira vista, passava pela extinção desse sistema de pagamentos de prêmios, mas, como exposto, o desenvolvimento pelo Estado dos aparatos necessários para, por conta própria, promover as persecuções penais ainda não era uma opção, e a simples retirada dos incentivos estatais à persecução penal privada traria de volta os seus baixos índices, comprometendo, assim, as estratégias em matéria de política criminal que dela dependiam.

¹⁵³ Nas palavras de Langbein: “These were stupendous sums at a time when a craftsman earned about £20 per year and a laborer less than £15.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 149).

¹⁵⁴ Isso porque, “When a statutory reward overlapped a proclamation, prosecuting highway robbers could be worth £140 a head, 214 or indeed, £280 when the prosecutor could convict a pair, or £420 for a three-person gang.” (ibidem, p. 149-150).

¹⁵⁵ O autor destaca, como o mais escandaloso, o caso *John Waller*, *OBSP (May 1732, #89)* (ibidem, p. 152-158).

¹⁵⁶ Hostettler elucida: “Parliamentary rewards, known as bounties, were frequently claimed by persons alleging others had committed crimes among which were robbery, housebreaking, larceny of goods valued at five shillings or more, burglary and coining. Sums ranging from £10 to £40 were payable if the accused were found guilty and the people claiming them were called ‘thief-takers’ or ‘bounty-hunters’. As the crimes involved were all capital the rewards were often referred to as ‘blood money’.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 86).

Desse modo, o meio viável para a neutralização do perigo dos perjúrios – e, principalmente, para se evitar que os processos estimulados pelo pagamento de recompensas à acusação caíssem em descrédito¹⁵⁷ – de acusação invariavelmente passava pela utilização, pela defesa, de assistência jurídica. Primeiro, porque com a própria elaboração do caso e com a reunião de elementos probatórios – atividades que só podiam ser feitas por quem não estivesse preso, e, em regra, o acusado aguardava o julgamento sob custódia –, por si só, já se conseguia inibir de certo modo a atuação desses grupos. Segundo, porque o contraexame das testemunhas realizado por profissional habituado a essa atividade possui um potencial muito maior – no que se refere ao efetuado por quem não tenha experiência nessa seara – de desvelar a falsidade de eventuais perjúrios.

A doutrina menciona ainda, à semelhança de como analisa o sistema de recompensas, o *Crown Witness System* como um fator agravante do desequilíbrio do *Altercation Trial*. Langbein explica que esse mecanismo jurídico, instituído no começo do século XVIII¹⁵⁸, concedia imunidade aos cúmplices que contribuíssem com a condenação dos seus coautores¹⁵⁹. A despeito de esse artifício não ser de uso frequente, o seu caráter de incentivo ao perjúrio, nos termos ressaltados por Langbein¹⁶⁰, não pode ser descartado.

A doutrina indica, ainda, que em favor da ruptura do *Altercation Trial* para crimes graves soma-se o surgimento das ideias iluministas e da eclosão do conceito de Estado de

¹⁵⁷ Com isso, “The Waller and Harnet scandals would have been much on the minds of the judges in the early 1730s, when they began to admit defense counsel to assist criminal defendants in probing prosecution evidence. The judges had learned how profoundly the reward system could compromise the integrity of the prosecution evidence in the trials coming before them. This hazard loomed large, in my view, among the concerns that contributed to the judges’ decision to allow defendants to have the assistance of counsel in probing prosecution evidence.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 157). Ainda nessa linha, salienta-se: “with the desire to secure a conviction and win the bounty, thief-taking, as part of a trade in human beings, encouraged perjury and could result in innocent men and women going to the gallows. As a consequence, more and more prisoners turned to counsel to conduct their defence whilst the judges interfered less and less. It was in tackling this serious problem in the criminal justice system that defence lawyers were instrumental in bedding down the adversary system of trial.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 89).

¹⁵⁸ Veja-se: “Another great prosecutorial initiative that came into full vigor in the early eighteenth century was the crown witness system for securing accomplice testimony.” (LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 158).

¹⁵⁹ Assim: “The crown witness system operated in close association with the reward system, in cases in which accomplice testimony was used to convict persons accused of rewardable offenses. Indeed, several of the main reward statutes contained provisions promising pardons to accomplices who convicted former confederates, 256 but these measures appear not to have been much employed, doubtless because the device of simple nonprosecution was easier for the prosecuting authorities to administer and more credible to the accomplice.” (ibidem, p. 160).

¹⁶⁰ É o que demonstra Langbein: “The crown witness testified under a material incentive to commit perjury, because, in the words of an accused who was defending himself against such a prosecution, the accomplice ‘will say anything to save his own life’.” (ibidem, p. 161).

Direito, que supõem direitos e garantias individuais e são incompatíveis com a arbitrariedade estatal¹⁶¹.

Esses foram os fatores determinantes que introduziram o advogado de defesa no campo do processo penal para casos de crimes graves, na Inglaterra. E, uma vez lá presente, aos poucos tornou-se, junto com o representante legal da acusação, o protagonista do sistema denominado *adversarial*.

2.2.3 O surgimento da *Law of Evidence*

Langbein afirma que, diante da já demonstrada crise de credibilidade do *Altercation Trial* no início do século XVIII, uma das opções para a superação da apontada deficiência do sistema foi a de permitir à defesa valer-se de advogados para realizar os contraexames das testemunhas de acusação – bem como o exame das suas próprias testemunhas – durante o julgamento. Todavia, continua o autor, apesar da importância dessa solução, ela não foi a única alteração operada naquele sistema processual. De modo contemporâneo ao fim do *Altercation Trial*, desenvolveu-se também um conjunto de regras que visava à exclusão de alguns tipos de provas ostensivamente problemáticos do ponto de vista da fiabilidade, denominado *Law of Criminal Evidence*, posteriormente incorporado pelo direito processual em geral como *Law of Evidence*¹⁶².

Essas regras, como a praxe demonstrou, foram determinantes no estabelecimento de um sistema processual penal *adversarial*, uma vez que, instituídas, consubstanciaram-se em um instrumento apto a potencializar a atividade do advogado como protagonista processual – tanto na atuação perante a Corte quanto na preparação do caso. Na primeira hipótese, o advogado viu-se munido de um determinante mecanismo de intervenção direta no curso do processo – o que, por consequência, afeta o seu resultado; na segunda, com a existência da possibilidade da exclusão de elementos sustentadores de determinada tese, o

¹⁶¹ HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 50-58.

¹⁶² Ainda, a propósito da *Law of Criminal Evidence*, tem-se: “Allowing defense counsel to cross-examine the testimony of prosecution witnesses was one of two great initiatives taken by the bench to enhance the reliability of the evidence in eighteenth-century criminal trials. The other response to the dangers that emerged from prosecutorial practice in this period was to devise rules of evidence that excluded certain problematic types of proof. These rules ultimately coalesced into a body of law that for a time was thought of as a distinct field, the law of criminal evidence, but which has since been largely subsumed in the general law of evidence.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 178-179).

acompanhamento jurídico na preparação da estratégia das partes e na seleção dos elementos que seriam apresentados no julgamento tornou-se imprescindível, já que a negligência nessa etapa poderia irremediavelmente comprometer um caso¹⁶³.

Na medida em que o advogado assumiu papel mais relevante no esquema de determinação dos fatos, o sistema incorporou traços condizentes com o conceito de processo penal *adversarial* definido no Capítulo 1.

Há divergências sobre a origem das *Rules of Evidence*. Langbein, em posição quase isolada na atual doutrina, sustenta que elas se desenvolveram por iniciativa dos juízes¹⁶⁴. Outros autores, como Hostettler¹⁶⁵ e Beattie¹⁶⁶, afirmam que essas regras se formaram em razão da aguerrida atuação dos advogados criminais perante os juízes, os quais gradualmente cederam aos apelos. A despeito do dissenso apontado, a doutrina é unânime no reconhecimento da importância fundamental que o desenvolvimento dessas regras exerceu na consolidação de um processo penal *adversarial*.

¹⁶³ Ao examinar o tema, Landsman anota: “One of the weapons counsel turned to with increasing frequency in hard-fought contests was the rules of evidence. [...] Counsels' adversarial devotion was also reflected in increased evidence of careful trial preparation. A substantial number of cases in the 1740s and beyond indicate that lawyers had participated in a range of critical pretrial activities. Richard Hughes was accused of forgery and fraud. During cross-examination, his lawyer began to enquire about events that had preceded the alleged forgery. He complained about the absence of certain records and was challenged by Crown counsel who reminded him: ‘We have brought the book you gave us notice to bring.’ The point here was that those representing the defendant had analyzed the evidence and demanded documentary proof from the prosecution.” (LANDSMAN, Stephan. Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England. *Cornell Law Review*, v. 75, n. 3, p. 543-544.

¹⁶⁴ Na visão de Langbein: “Although the creation of the law of criminal evidence was the work of the bench, it played into the hands of the lawyers, who would find in the exclusionary principle one of the levers that would help them wrest control of the criminal trial.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 179).

¹⁶⁵ Na contramão da ideia defendida por Langbein, tem-se a seguinte assertiva: “Nevertheless, it is possible, with Landsman, to see evidential rules as the ‘impetus’ for the lawyers taking over the criminal trial. This reflects that the ‘best evidence’ rule; the rule against hearsay evidence; the inadmissibility of previous convictions; the character rule, which prevented the introduction of evidence of the defendant’s bad character except in rebuttal; and the corroboraton and confession rules were all insisted upon by defence counsel to avoid an influence on jurors that was unfair and adverse to their clients. And it is confirmed by some of Garrow’s cases outlined in this book, which indicate that although some of the judges formulated these rules it was usually after following counsel’s insistence upon them so aids to the defense. And at times the judges actually refused to accept them and overruled the barristers, although this occurred less frequently as the eighteenth century advanced.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 117).

¹⁶⁶ Na linha da reflexão de Hostettler, tem-se que “The influence of defense counsel was felt even more directly in criminal trials than on the developing law of evidence. Despite the restrictions under which they worked, lawyers found ways to reflect on the evidence offered by the prosecution, and in effect to speak to the jury, by disguising such remarks as comments to the judge on points of law.” (BEATTIE, J. M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v. 9, n. 2, 233).

A propósito das regras específicas do conjunto, pode-se afirmar que, basicamente, desenvolveram-se na Inglaterra do final do século XVII e séculos seguintes quatro principais regras, quais sejam: (1) *character rule*; (2) *corroboration rule*; (3) *confession rule*; e (4) *hearsay rule*.

Em relação à primeira (*character rule*), Langbein define-a como a regra que proíbe a introdução, pela acusação, de elementos desabonadores de caráter do acusado, especialmente atinentes a crimes anteriormente cometidos, exceto se essa introdução se der em refutação a elemento contrário trazido pelo acusado^{167,168}.

Wigmore, ao referir-se ao *Hampden's Case*, sugeriu que a *character rule* já existia em 1684¹⁶⁹. Langbein, por sua vez, tendo em mãos os registros de *Old Bailey*, assinala que nesse Tribunal, sistematicamente, aceitava-se a utilização dos elementos direcionados contra o caráter nos seus julgamentos até 1714 – o que contraria o afirmado por Wigmore. Langbein ainda aponta o fato de, a partir de 1715, a recorrência a elementos dessa espécie ter se tornado escassa, a despeito de ser possível encontrar casos em que eles tenham sido utilizados em 1717¹⁷⁰, 1721¹⁷¹, 1726¹⁷² e, mesmo, nos anos de 1743¹⁷³ e 1747¹⁷⁴. Conclui, assim, que a *character rule* surgiu, como regra probatória, em 1714, mas a discricionariedade dos juízes

¹⁶⁷ Nas palavras de Langbein: “The character rule prevented the prosecution from introducing evidence of the defendant’s bad character, especially evidence of former crimes, except by way of rebuttal.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 179).

¹⁶⁸ Para explicação detalhada dessa regra, veja-se: “There is just as much probative value in the argument, ‘A is quarrelsome, therefore he probably committed this assault’, as in the argument, ‘A is peaceable, therefore he probably did not commit the assault’; and this is acknowledged in judicial opinion (*ante*, § 55). Here, however, a doctrine of Auxiliary Policy (*ante*, § 20 a) operates to exclude what is relevant, – the policy of avoiding the uncontrollable and undue prejudice, and possible unjust condemnation, which such evidence might induce. This policy of the Anglo-American law is more or less due to the inborn sporting instinct of Anglo-Normandom – the instinct of giving the game fair play even at the expense of efficiency of procedure. This instinct asserts itself in other departments of our trial-law to much less advantage. But, as a pure question of policy, the doctrine is and can be supported as one better calculated than the opposite to lead to just verdicts. The deep tendency of human nature to punish, not because our victim is guilty this time, but because he is a bad man and may as well be condemned now that he is caught, is a tendency which cannot fail to operate with any jury, in or out of Court. There are also indirect and more subtle disadvantages. Our rule, then, firmly and universally established in policy and tradition, is that the prosecution may not initially attack the defendant’s character. [...] After a defendant has attempted to show his good character in his own aid, *prosecution may in rebuttal* offer as evidence his bad character. The true reason for this seems to be, not any relaxation of the principle just mentioned, *i.e.* not a permission to show the defendant’s bad character, but a liberty to refute his claim that he has a good one. Otherwise a defendant, secure from refutation, would have too clear an unscrupulous license to impose a false character upon the tribunal.” (WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at common law including the Statutes and Judicial Decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*. Boston: Little, Brown, and Company, 1923. v. 1, p. 272-275).

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 415-416.

¹⁷⁰ Jacob Shoemaker, OBSP (Jan. 1717).

¹⁷¹ Richard Browne, OBSP (July 1721).

¹⁷² William Marjoram, OBSP (Oct. 1726).

¹⁷³ John Hyth, OBSP (Feb. 1743, #151).

¹⁷⁴ William Clark, OBSP (Dec. 1747, #37).

– e, por consequência, a possibilidade de descumprimento dessa regra e de semelhantes – persistia. Isso, na visão do autor, provavelmente se deu em função de não existirem, à época, mecanismos jurídicos sancionadores ou revisores do descumprimento de regras processuais – questão que só se resolveu a partir do momento em que os advogados passaram a atuar com maior frequência e de fato assumiram o protagonismo do processo, de modo a reforçar, na prática, a aplicação das regras processuais.

É certo que não se pode afirmar categoricamente qual dos autores está certo – se é que algum deles está. Os tratados de direito processual penal datados da época em que as *Rules of Evidence* se desenvolveram são escassos, e os registros dos julgamentos, por mais preciosos que sejam do ponto de vista histórico, possuem limitações. Ao que tudo indica – por demonstrar ter usado como fonte os registros originais dos julgamentos – e na falta de uma teoria contraposta mais bem fundamentada, Langbein parece estar com a razão.

No que toca à segunda regra (*corroboration rule* ou *accomplice rule*), esta consistia, nos termos de Langbein, naquela que determinava a corroboração do testemunho do corréu por outro(s) elemento(s) de prova, em razão do risco de perjúrio inerente ao instituto do *Crown Witness Testimony*¹⁷⁵.

De início, é necessário ressaltar que a doutrina diverge quanto à natureza e ao momento de surgimento dessa regra. Para Wigmore, a *corroboration rule* se desenvolveu por volta dos anos de 1780 e não pertencia ao domínio da *Law of Evidence*, pois se tratava apenas de uma regra de advertência – o juiz, segundo esse entendimento, devia advertir os jurados da baixa confiabilidade de um testemunho proveniente de um corréu que, em troca, receberia benefícios processuais do acusador. Assim, ainda que se reconhecesse a existência de uma *corroboration rule*, a prova em sua desconsideração podia ser produzida pela acusação e valorada pelos jurados¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Em outros termos: “Responding to the danger of perjury that inhered in the testimony of an accomplice, the corroboration rule required evidence in addition to that of the accomplice in order for the jury to convict.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 179).

¹⁷⁶ Wigmore disserta: “As time went on, and the modern conception of testimony developed, the possibility of admitting a witness and yet discriminating as to the qualitative sufficiency of his testimony became more apparent; and the way was open for the consideration of this question. In a few instances, in the 1700s wore on, and even before then, judicial suggestions are found as to the feasibility of such a discrimination. But not until the end of that century does any Court seem to have acted upon such a suggestion in its directions to the jury. About that time there comes into acceptance a general practice to discourage a conviction founded solely upon the testimony of an accomplice uncorroborated. A But was this practice founded on a *Rule of law*? Never, in England, until very modern times. It was recognized constantly that the judge’s instruction upon this point was a mere exercise of his common-law function of advising the jury upon the weight of the evidence, and was not a statement of a rule of law binding upon the jury.” (WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-*

Langbein explica que, por não ter acessado os registros de *Old Bailey*, Wigmore, não pôde fazer a leitura correta dessa questão. Com o auxílio desses documentos, Langbein e a doutrina atual¹⁷⁷ identificaram a gênese dessa regra em décadas anteriores. Já em 1696, apesar de a *corroboration rule* ainda não ter sido formada, Langbein detecta julgamentos em que era explícito certo incômodo com a utilização, nos processos criminais, apenas de informações provenientes do depoimento de corréus que, de alguma maneira, beneficiassem-se delas. Até o ano de 1744 pode-se encontrar tanto registros de absolvições¹⁷⁸ com fundamento na desconfiança de provas dessa espécie quanto condenações¹⁷⁹ fundamentadas exclusivamente nelas, o que, para o autor, evidencia não haver até então aplicação de alguma espécie de *corroboration rule*.

A partir desse ano, porém, o autor identifica um padrão em três absolvições¹⁸⁰ cujos únicos fundamentos manifestamente expostos foram a ausência de corroboração do testemunho dado por um corréu sob proteção da imunidade proporcionada pelo *Crown Witness Testimony*. Langbein lamenta o fato de, em razão do sintetismo dos registros, não ser possível tecer afirmações sobre a natureza mandatória ou meramente recomendatória da regra naquele momento. Porém, acrescenta que Henry Fielding, um *Justice of Peace*¹⁸¹ inglês, em obra publicada em 1751¹⁸² – à qual Wigmore também não teve acesso, salienta o autor –, tece críticas à natureza mandatória da *corroboration rule*¹⁸³, o que permite a assertiva concreta, ao menos relativamente ao período da publicação, dessa natureza quanto à regra discutida.

American System of evidence in trials at common law including the Statutes and Judicial Decisions of all jurisdictions of the United States and Canada. Boston: Little, Brown, and Company, 1923. v. 4, p. 351).

¹⁷⁷ Por todos, veja-se a explicação de Hostettler: “Another rule that came into operation in the 1740’s, shortly after prisoners were allowed counsel, was the exclusionary rule of corroboration by Crown witnesses.” (HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 127).

¹⁷⁸ Simon Jacobs, OBSP (Oct. 1722); Susan Bean and Christian Smith, OBSP (Dec. 1731).

¹⁷⁹ William Cady, OBSP (May 1738, #34); Thomas Smith, OBSP (May 1722); Mary D’Arbieau, OBSP (Apr. 1722); Stephen Nott, OBSP (Sept. 1714); e Peter Cartwright, OBSP (May 1711).

¹⁸⁰ James Leekey and William Robinson, OBSP (Dec. 1744, ##10–11); Edward Hill and John Hill, OBSP (Dec. 1744, ##26–7); e James Ruggles et al., OBSP (Dec. 1744, ##93–5).

¹⁸¹ A respeito das funções do *Justice of Peace*, veja-se nota de rodapé nº 114 desta dissertação.

¹⁸² FIELDING, Henry. *An enquiry into the causes of the late increase of Robbers and related writings &c. with some proposals for remedying this growing evil*. 2. ed. London: A. Miller, 1751. passim.

¹⁸³ Veja-se: “But when, by means of his Information, you are made acquainted with the whole Gang, and have, with great Trouble, and often with great Danger, apprehended them, how are you to bring them to Justice? For though the Evidence of the Accomplice be ever so positive and explicit, may ever so connected and probable, still, unless it be corroborated by some other Evidence, it is not sufficient [...] Unless therefore the Robbers should be so unfortunate as to be apprehended in the Fact, (a Circumstance which their Numbers, Arms, &c. renders ordinarily impossible) no such Corroboration can possibly be had; but the Evidence of the Accomplice standing alone and unsupported, the Villain, contrary to the Opinion, and almost direct Knowledge of all present, is triumphantly acquitted, laughs at the Cost, scorns the Law, vows Revenge against his Prosecutors, and returns to his Trade with a great Increase of Confidence, and commonly of Cruelty.” (ibidem, p. 172-174).

Assim, o conjunto das informações colhidas por Langbein permite afirmar, de modo geral, que a *corroboration rule* surgiu na década de 1740 e teve natureza mandatória pelo menos até o julgamento do caso *Atwood and Robbins*, decidido em 1787¹⁸⁴. Nessa oportunidade, a regra foi aplicada como mero ato recomendatório, resultando em condenação sem que fossem corroboradas as informações dadas por corréu imune em decorrência do *Crown Witness System*. O juiz, em face do resultado, remeteu o caso ao grupo de doze juízes (*Twelve Judges*), que funcionava como uma espécie de autoapelação para os casos em que os juízes tivessem dúvidas sobre questões processuais. Ao determinada questão ser levada aos *Twelve Judges*, estes proferiam uma decisão colegiada de caráter esclarecedor e paradigmático relativamente a futuros julgamentos¹⁸⁵. Nesse caso, o Tribunal baseou-se, segundo Langbein, em um falso silogismo acerca de questões de competência e credibilidade¹⁸⁶ e confirmou a decisão que atribuía caráter recomendatório à *corroboration rule*.

Esse fato, para Langbein, explica o erro parcial de Wigmore. Pela indisponibilidade dos registros de *Old Bailey*, Wigmore só pôde analisar a *corroboration rule* a partir de aproximadamente 1780, não tendo como saber que até o julgamento do caso *Atwood and Robbins*, em 1787, a regra, em princípio, possuía caráter mandatório.

Passa-se à análise da *confession rule*, a qual excluía a confissão – salvo se voluntária – não realizada durante o julgamento¹⁸⁷. Novamente aqui há divergência doutrinária acerca do momento em que essa regra foi concebida. Wigmore aponta a sua origem em 1783, no julgamento do caso *Warickshall*¹⁸⁸. Langbein, por sua vez, sustenta que os registros de *Old*

¹⁸⁴ Nas palavras de Hostettler: “In 1787 the corroboration rule was reduced to merely a caution to the jury by the case of *Atwood and Robbins*.” (HOSTETTTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*, p. 129).

¹⁸⁵ A propósito, “Submitting a case to the Twelve Judges was a practice that functioned as a species of appellate review. When a point of difficulty arose that a trial judge was reluctant to decide on his own, especially when capital sanctions were involved and the convict would otherwise be promptly executed, the judge could defer sentencing and refer the question to a meeting held back in London of all the judges, commonly twelve, of the three common law courts. 153 Their decision would resolve the case, and the precedent would clarify future practice.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 212-213).

¹⁸⁶ Veja-se: “In short: since the accomplice is competent, (1) the only potential objection to his testimony would be an objection to his credit, and (2) since matters of credit are the sole province of the jury, albeit subject to judicial comment, it follows that (3) anything not excluded for competency must be admissible. This formulation overlooked the middle ground, long since developed in the contemporary character and confession rules as well as in the received corroboration rule, that the trial judge could exercise a power to exclude particular evidence of a concededly competent witness.” (ibidem, p. 214-215).

¹⁸⁷ Na expressão de Langbein: “The confession rule excluded evidence that the accused had made an out-of-court confession of the crime, unless the confession was voluntary.” (ibidem, p. 179).

¹⁸⁸ Wigmore explana: “In 1775 in *Rudd's Case*, where the accused has applied for release in consequence of having confessed under an assurance of pardon to be received as an accomplice testifying for the Crown, Lord Mansfield, in discussing the practice of using approver's confessions, seemed to see nothing unlawful in it. But

Bailey indicam que a *confession rule* começou a se formular nos anos de 1740 e se estabeleceu em 1760.

O autor salienta que, em casos da década de 1730, já se podia notar o cuidado da acusação em demonstrar que a confissão feita pelos acusados tinha se operado de modo voluntário¹⁸⁹. Ora, se isso era um ponto relevante a ser destacado pela acusação, infere-se que algum constrangimento relativo a confissões não voluntárias já existia àquele tempo. A partir de 1740, a *confession rule* já surge de modo explícito¹⁹⁰. Em alguns casos, ressalta Langbein, como regra mandatória; em outros, com caráter recomendatório¹⁹¹. Apenas a partir de 1760, segundo o autor, é que começa a prevalecer no Tribunal de *Old Bailey* o entendimento segundo o qual a *confession rule* se tratava de uma regra mandatória, ou seja, de exclusão probatória¹⁹².

Por fim, tem-se a *hearsay rule*, definida por Langbein como a regra que rejeitava os testemunhos de segunda mão, ou seja, aqueles que narravam algo contado por outra pessoa¹⁹³.

at the same time he made the first judicial utterance limiting the admissibility of ordinary confessions: 'The instance has frequently happened of persons having made confessions under threats or promises; the consequence as frequently has been that such examinations and confessions *have not been made use of* against them on their trial.' He was here, clearly, thinking only of persons 'being drawn by promises and assurances to answer to an examination and to swear to it on oath', and not of confessions in general; moreover he does not intimate that anything more than a common practice (not a rule) existed. But in 1783, in Warickshall's Case, before Nares, J., and Eyre, B., the modern rule received a full and clear expression, and confessions not entitled to credit because of the promises or the threats by which they had been obtained were declared inadmissible in evidence. From this time on, the history' of the doctrine is merely a matter of the narrowness or broadness of the exclusionary rule. At this stage, then, the doctrine is a perfectly rational one. Confessions apparently untrustworthy as affirmation of guilt are excluded. Under this principle very few were in fact excluded. Doubts about situations which subsequently become questionable were never heard of. Confessions were thought of in general as 'the highest evidence of guilt'; and there was no general sentiment against them, no 'prima facie' doubt of their propriety." (WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in trials at common law including the Statues and Judicial Decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*. Boston: Little, Brown, and Company, 1923. v. 2, p. 133).

¹⁸⁹ A propósito: "Beginning in the later 1730s we detect signs of change. Prosecution witnesses are quoted as reciting that pretrial confessions were voluntary, an indication that the issue was in play." (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 220).

¹⁹⁰ Sobre o surgimento da regra de confissão, Wigmore anota: "Suddenly, in July 1740, the confession rule pops out, in another case of theft from a dwelling house." (ibidem, loc. cit.).

¹⁹¹ Nesse contexto, "We see, therefore, that various judges were following three irreconcilable approaches to the problem of potentially unreliable confession evidence in the early 1740s: exclude, caution, or admit without caution. The rule of exclusion (the later confession rule) was not as yet a rule of evidence; it did not bind the judges." (ibidem, p. 221).

¹⁹² A respeito dessa regra, ressalta-se: "By the 1760s, however, the rule of exclusion appears to have prevailed. Departures cease to be reported, practice had become law." (ibidem, loc. cit.).

¹⁹³ Langbein assevera que "The hearsay rule rejected testimony by one person about what another person said when that testimony was offered to prove the truth of the out-of-court statement." (ibidem, p. 179).

Essa regra guarda certas peculiaridades com as demais já descritas. A principal delas consiste no fato de também ser aplicada ao processo civil¹⁹⁴.

Wigmore, no estudo da *hearsay rule*, fez uso de registros dos julgamentos dos *State Trials*¹⁹⁵ e de outros casos civis. Em decorrência disso, o autor traçou a origem dessa regra no começo dos anos 1700. Langbein, por sua vez, tendo acesso a fontes mais recentemente disponíveis, chegou a conclusões diversas.

De início, Langbein identificou no período entre os anos de 1754 e 1756 e em 1780 casos de admissão de testemunhos de segunda mão, em manifesta oposição, portanto, à *hearsay rule*. Ademais, o pesquisador relata que até 1730 eram escassos os relatórios de julgamentos descrevendo a aplicação da *hearsay rule*, razão pela qual não se pode afirmar se, de que maneira e em qual intensidade essa regra era aplicada – há, por exemplo, a possibilidade de que a regra possuísse aplicação, mas de que não era de interesse daqueles que elaboravam os relatórios incluí-la nestes, bem como é possível que ela não tivesse aplicabilidade alguma.

A partir de 1730, todavia, esse cenário se alterou. Por alguma razão, os relatórios dos julgamentos de *Old Bailey* ganharam detalhamento mais aprofundado, vislumbrando, de forma mais sistemática, a aplicação da *hearsay rule*. Langbein, com amplo acesso a essas fontes, identificou em registros concernentes ao período entre os anos de 1730 e 1740 que, àquela época, a *hearsay rule* para os casos criminais era utilizada à luz de uma rejeição sob o conceito de *no evidence*.

Ainda a propósito dos julgamentos analisados no íterim destacado, Langbein destaca que o fundamento lógico para a rejeição de testemunho de segunda mão consistia na ausência física do detentor primário da informação e da impossibilidade de submetê-lo a juramento. Dentre os papéis de *Old Bailey*, o primeiro caso identificado por Langbein que rejeita um testemunho em recorrência à *hearsay rule* e com explícita preocupação com a

¹⁹⁴ Ainda sobre a *hearsay rule*, destaca-se: “Unlike the three rules distinctive to the criminal trial (character, corroboration, and confession), the hearsay rule was shared with civil practice. And unlike the corroboration and confession rules, the hearsay rule did not have any particular connection to the shortcomings of pretrial criminal procedure.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 233).

¹⁹⁵ *State Trials*, anota Langbein, caracterizam a compilação de uma série de julgamentos de casos de traição ocorridos nos séculos XVI e XVII, conforme explicado a seguir: “Because the historical sources tell us very little about the trial of cases of ordinary felony until the late seventeenth century and beyond, most of what is known about trial procedure in the sixteenth and seventeenth centuries comes from a relative handful of celebrated treason trials. These trials were chronicled in contemporary pamphlets or manuscripts that were not prepared as law reports, but retrospectively compiled in the eighteenth century in the series known as the *State Trials*.” (ibidem, p. 14).

impossibilidade de submeter o testemunho direto ao exame cruzado é de 1789¹⁹⁶ – muito posterior às primeiras aplicações da regra.

2.2.4 A defesa técnica plena e a consolidação do processo penal *adversarial* na Inglaterra

A despeito de a essência *adversarial* já poder ser consideravelmente vislumbrada no processo penal inglês até então demonstrado, há ainda que se analisar a possibilidade de o advogado de defesa fazer alegações finais diretamente direcionadas aos jurados ao fim da instrução. A análise faz-se necessária porque completa o ciclo da formação do processo penal *adversarial* na Inglaterra dos séculos XVIII e XIX – a partir daí todas as mudanças que se operaram foram incapazes de alterar a essência do sistema.

Esse aspecto da atividade da defesa técnica, que foi negado ao réu por muito tempo sob a sombra da ideia anteriormente descrita de que ele devia falar por si em matérias de fato, concretizou o silenciamento do acusado e praticamente atribuiu todas as funções do confronto processual ao combatente que faz dele uma verdadeira disputa, qual seja, o advogado. Se durante a vigência do *Altercation Trial* para casos de crimes graves a defesa nem ao menos podia fazer uso de advogados, aos poucos estes foram permitidos e, mais gradualmente ainda, desenvolveram-se meios/instrumentos que potencializaram as suas atuações – por exemplo, mecanismos de comparecimento forçado de testemunhas de defesa e possibilidade da realização de contraexame de testemunhas de acusação, bem como de manejo de regras de exclusão probatória (que alteravam substancialmente o curso do processo, não raras vezes forçando uma absolvição). A possibilidade de substituir o réu nas alegações finais apresentadas aos jurados – somada ao direito ao silêncio do acusado – finalizou a transição que direcionou todos os holofotes aos advogados e secundarizou, em definitivo, os acusados, as vítimas e o próprio juiz no que toca à condução do processo.

¹⁹⁶ Na expressão de Langbein: “Concern to promote cross-examination became the central justification for the hearsay rule in later law. We can find that concern raised in an isolated civil case as early as 1668. [...] Nevertheless, concern about the want of cross-examination remained a muted theme in criminal practice throughout the eighteenth century. The first judicial mention of that rationale for excluding what we would call hearsay that has come to my attention in the Sessions Papers turns up in 1789, 289 in the decade when the use of defense counsel was becoming frequent.” (LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 245).

É inegável que, a despeito da proibição, não era incomum que os advogados de defesa se dirigissem aos jurados no momento em que faziam o exame das testemunhas de defesa ou enquanto realizavam o contraexame das testemunhas de acusação. Porém, o simbolismo da liberdade de poderem dirigir-se aos jurados, de modo aberto e amplamente aceito, demonstra o entrosamento do sistema processual penal *adversarial* com os anseios sociais e pensamentos político-filosóficos que permeavam a Inglaterra do século XIX. Mais que isso, denota a unanimidade em torno de um esquema competitivo de determinação dos fatos, simbolizando o fim do *Altercation Trial*.

Um último adendo diz respeito à indagação que Langbein se faz no último capítulo da sua principal obra: por que os juízes, anteriormente protagonistas do sistema processual penal, não ofereceram resistência – e, inclusive, contribuíram para – ao advento desse novo sistema processual, que lhes diminuía em questão de funções, importância e, por consequência, em termos de poder? O autor sugere que isso provavelmente se deu em decorrência da implantação lenta e gradual do referido sistema. Como já assinalado, mesmo após ter sido flexibilizada a vedação à utilização de advogados de defesa, raramente a acusação fazia uso de assistência jurídica, e mais esporadicamente ainda a defesa se valia do auxílio técnico – muito pelo fato de os acusados, em sua grande maioria, não poderem arcar com os seus custos¹⁹⁷. Langbein observa, por exemplo, que apenas em registros de julgamentos posteriores a 1770 é que se vislumbra ter se tornado notória a vantagem da defesa realizada com o auxílio de um profissional¹⁹⁸.

Para os fins deste trabalho, a reconstrução histórica do primeiro processo penal de característica *adversarial* se satisfaz aqui. O exposto neste capítulo, entende-se, fornece as informações fundamentais para que se compreendam os fatores e o contexto que favoreceram o florescimento dessa ideia que, passados alguns séculos, demonstra ganhar cada vez mais força na elaboração de esquemas de determinação de fatos – em especial e recentemente, no cenário brasileiro.

¹⁹⁷ LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*, p. 253-255.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 257.

3 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA CULTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Fixadas as premissas para o desenvolvimento do objeto de estudo central deste trabalho, propõe-se, antes da análise dos dispositivos legais que especificamente regulamentam a produção da prova oral no processo penal brasileiro, breve imersão em alguns aspectos evidenciadores da cultura processual penal na qual o pensamento jurídico pátrio se insere. Essa contextualização, que não se pretende exaustiva, assume três pontos de referência legislativos que, da maneira como foram dispostos, linearmente demonstram o desenvolvimento de uma nova concepção de processo.

3.1 O Código de Processo Penal de 1941

A compreensão da essência do pensamento jurídico contemporâneo à elaboração do Código de Processo Penal de 1941¹⁹⁹ é fundamental para o entendimento global dos seus objetivos e da sua configuração.

Para além dos dispositivos legais que, de fato, compuseram o sistema processual penal instaurado pelo Código, é reveladora das intenções do legislador a leitura da sua exposição de motivos.

Inicialmente, nota-se em seu texto as influências exercidas pela legislação italiana. Nas oportunidades em que não se fez referência a autores nacionais, a exposição aludiu – e mais de uma vez, inclusive em pontos nevrálgicos justificadores da legislação apresentada – a Vincenzo Manzini e ao *Código Rocco* – Código de Processo Penal Italiano de 1930²⁰⁰. Disso

¹⁹⁹ Distantes da legislação atual, não se pretende analisar o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Penal de 1832. Não se pode deixar, porém, de fazer alguns apontamentos sobre a sua natureza. Como se depreende da sua leitura, o processo criminal então estabelecido era dividido em dois júzios: o de acusação e o de formação de culpa – *jury de acusação* e *jury de sentença*. Nesse aspecto, essa legislação assemelha o processo, de modo considerável, à tradição anglo-americana. Afirmar, porém, se predominam características *adversariais* ou *inquisitoriais* no sistema processual estabelecido requer exaustiva análise do diploma. Como refoge ao escopo desta dissertação fazê-la, mantém-se essa digressão apenas pelo seu caráter histórico, passando-se diretamente à análise do Código de Processo Penal de 1941.

²⁰⁰ Veja-se item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941: “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística

já se deduz que as influências anglo-americanas – e, portanto, de um processo penal *adversarial* – não faziam parte, ao menos primariamente, das intenções dos elaboradores do Código de Processo Penal de 1941.

Ademais, destaca-se, no conteúdo da exposição de motivos, considerável desdém para com ideais liberais. Em mais de um ponto atribuiu-se ao liberalismo – e, em consequência, aos direitos e garantias individuais que lhe são inerentes – um caráter obstaculizador à concreção da atividade estatal de persecução penal. O desenvolvimento dessa linha de pensamento incide, em determinado ponto do texto, na conclusão de que o apego às convicções liberais resultaria em incentivo a práticas delituosas por impedir, em certo grau, a aplicação da lei penal²⁰¹.

Em razão de esse trabalho partir da premissa de que a adoção de um sistema processual *adversarial* decorre também, necessariamente, de outros aspectos mais intrincados na sociedade como um todo – entre eles, aproximações com determinadas correntes políticas, filosóficas e econômicas –, deve-se destacar que o modo hostil com o qual se fez referência aos ideais liberais na exposição de motivos do referido Código fortemente sinalizou o afastamento do seu sistema em relação a um que se calcasse nos indivíduos. Como consequência, apartou-se das práticas anglo-americanas que, por sua vez, eram a referência concreta que se tinha de sistemas competitivos nos moldes *adversariais*. E, com efeito, é isso que se observa na análise da maioria das disposições originais desse diploma legal.

penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’.”

²⁰¹ Veja-se, ainda no item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941: “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 evidencia 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. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.”

Ainda em relação à exposição de motivos do Código, sem a intenção de adiantar a exegese dos seus dispositivos específicos, cumpre destacar a justificação apresentada à atribuição de iniciativas instrutórias do juiz em matéria penal. Apesar de não se considerar aqui essas faculdades incompatíveis com um sistema processual penal *adversarial*²⁰², o contexto em que se lhes estabeleceu o foi. Os poderes instrutórios em foco fundamentaram-se na necessidade da averiguação da verdade material, no esclarecimento da verdade, servindo, explicitamente, conforme a leitura do texto da exposição de motivos, como limitadores à aplicação do princípio *in dubio pro reo*²⁰³.

A propósito do apreço pela verdade, já se expôs sobre ser destituído de sentido um sistema processual que não se preocupasse com essa questão²⁰⁴. Centrar, porém, todo o processo na sua descoberta, com um ilusório interesse em estabelecê-la em perfeita sintonia com o que de fato ocorreu, subjugando em favor do julgador toda uma série de regras processuais e, dessa maneira, objetificando e descentralizando do procedimento as partes, impinge ao sistema um carácter definitivamente antagônico ao que se definiu por *adversarial*.

Esse foi o contexto da elaboração do Código de Processo Penal, em diversos momentos e pontos reformado, mas ainda vigente.

3.2 A Lei nº 9.099/1995 e a introdução de espaços de justiça penal consensual

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em praticamente todos os seus aspectos, representa um marco quase revolucionário no ordenamento jurídico brasileiro. A lei, para além da sua importância na esfera cível em termos de implementação de maior eficácia ao acesso à justiça constitucionalmente assegurado, rompeu, no campo da criminalidade de baixo e médio potencial ofensivo, alguns paradigmas penais e processuais penais intrincados no sistema brasileiro e tradicionalmente derivados dos sistemas continentais.

²⁰² Vejam-se discussões abordadas no item 1.1.2.1 desta dissertação.

²⁰³ Por sua vez, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar ao final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

²⁰⁴ Veja-se item 1.2 desta dissertação.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, em obra conjunta sobre a referida lei, destacam o contexto de crise de inefetividade da persecução penal que a antecedeu²⁰⁵. Apontam, assim, o fato de, diante dessa questão, ter prevalecido a busca por um método consensual de justiça penal²⁰⁶ em que se adotasse alguma dose de disponibilidade da ação penal pública²⁰⁷ somada às eventuais benesses de um procedimento oral – com verdadeiras concentração procedimental, imediação e identidade física do juiz²⁰⁸ – e ao repensamento da função social do juiz –, abrindo mão de soluções necessariamente calcadas na autoridade e hierarquia da atuação estatal e, com isso, aproximando-se de um modelo coordenado de pacificação social²⁰⁹. Foi

²⁰⁵ Veja-se: “Há muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com o processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de 1940, com o intuito de alcançar um ‘processo de resultados’, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação.” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 29).

²⁰⁶ Ainda, os autores ponderam: “Por outro lado, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual.” (ibidem, loc. cit.).

²⁰⁷ E explicam: “No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da pena, não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, ‘dever agir’), mas na sua ‘proposta’, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da *discricionariedade regulada* ou *regrada* (ou, ainda, oportunidade regrada). Não é adequada a locução legalidade mitigada. [...] A suspensão do processo, reivindicada há anos pela doutrina nacional, principalmente por Weber Martins Batista, que dela cuidou pela primeira vez entre nós de modo sistematizado, tem por base o princípio da discricionariedade (O Ministério Público poderá dispor – poder-dever, evidentemente – da ação penal) [...]” (ibidem, p. 42-43).

²⁰⁸ A propósito, outro dado a ser levado em conta consistia nas vantagens do procedimento oral, quando praticado em sua verdadeira essência: a concentração, a imediação e a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento efetivamente pautado pelo material probatório colhido e pelas argumentações das partes. Percebeu-se também que a celeridade acompanha a oralidade, levando à desburocratização e simplificação da Justiça (ibidem, p. 29-30).

²⁰⁹ A esse respeito, destaca-se que “Também avançava a idéia da participação popular na administração da Justiça, em respeito ao princípio democrático do envolvimento do corpo social na solução das lides, que também serve para quebrar o sistema fechado e piramidal da administração da Justiça exclusivamente feita pelos órgãos estatais. Ao lado disso, vinha-se sedimentando a tendência rumo à revitalização das vias conciliativas, pela possibilidade nelas inerente de alcançar uma solução que não visasse apenas decidir sobre o conflito, de modo autoritativo, mas que se preocupasse com a lide social, mais ampla do que aquela levada aos tribunais, permitindo chegar mais perto da pacificação social.” (ibidem, loc. cit.). Nesse ponto, é inevitável que não se faça a correspondência do preconizado pelos autores com as noções de modelos hierárquicos/coordenados de autoridade estatal e de justiça solucionadora de conflitos/implementadora de política (DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of Justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, p. 16-47/88-97).

sobre estas bases que, sublinham os autores retrocitados, promoveu-se uma verdadeira revolução no sistema processual à época vigente.

Nos aspectos de instituição de uma justiça despenalizadora pelo consenso, destacam-se as inovações, operadas pela Lei nº 9.099/1995, (1) da extinção da punibilidade por composição civil para infrações de menor potencial ofensivo de ação penal privada ou pública condicionada²¹⁰; (2) da aplicação imediata de pena alternativa nos casos em que não se chegar a uma composição ou de ação penal pública incondicionada²¹¹; e (3) da suspensão condicional do processo para crimes cuja pena mínima não exceda a um ano²¹².

²¹⁰ Veja-se: “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”.

²¹¹ Veja-se: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”.

²¹² Veja-se: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (grifo do original)

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de freqüentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

No viés favorável à noção de um julgamento oral, concentrado, com imediação e identidade física do juiz, observa-se toda a essência do disposto entre os artigos 77 e 83 da Lei, que regulamentam o procedimento sumaríssimo. Em mais de dez anos de antecipação do ocorrido no que se refere ao procedimento ordinário, houve, inclusive, a determinação da oitiva do acusado para momento posterior ao das testemunhas²¹³ – conforme poderá ser observado no item dedicado ao interrogatório no capítulo seguinte deste trabalho, coaduna-se com sua concepção como meio de defesa e, de certo modo, possui afinidade com a noção de processo *adversarial*.

Os autores ressaltam, no tocante à essência da Lei, que na sua formulação não se pretendeu tão somente a importação de soluções provenientes de outros ordenamentos, mas sim, neles, a inspiração para a criação de um sistema próprio e até então sem paralelo²¹⁴. Nesse sentido, são pertinentes as observações de Marcos Alexandre Coelho Zilli que, em alusão às dinâmicas intercambiais entre ordenamentos²¹⁵, alerta para a potencialidade de fórmulas concebidas sob determinada mentalidade se distorcerem quando imersas em racionalidade distinta, concluindo pela lógica inspirativa (que compreende as noções de tradução e adaptação), e não meramente replicativa (que envolve as noções de transplante e importação), da implantação de uma cultura processual penal consensual no Brasil²¹⁶.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

²¹³ Veja-se: “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.”

²¹⁴ Em sua aparente simplicidade, a Lei nº 9.099/1995 significa uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro. Ao se abrir às tendências apontadas no início desta introdução, essa Lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juízados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995, p. 35).

²¹⁵ A propósito, o autor disserta: “As interações entre os ordenamentos processuais, amplificadas nas últimas décadas, revelaram os riscos provocados pela transposição de fórmulas operativas em um sistema para outro que não é familiarizado com aquela dinâmica. Na apreensão do fenômeno, o recurso às figuras de linguagem é expediente comum na pesquisa comparada. As figuras revelam tentativas de descrição dos movimentos de intercâmbio. ‘Transplantes’, ‘importações’, ‘traduções’ ou ‘adaptações’ são expressões recorrentes que buscam captar as formas pelas quais se processam as trocas. Estas são mais visíveis uma vez ultimados os processos de reforma do aparato legal receptor. É que na análise da obra acabada fica mais fácil identificar a forma como a interação se deu. Transplantes e importações carregam a ideia de replicagem. Já as traduções e as adaptações ligam-se à noção de inspiração.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017, p. 3).

²¹⁶ Sobre o assunto, Zilli explica: “É que na operação diária, a carga de sujeitos imersos em outra cultura processual, potencializam-se as probabilidades para as distorções. Assim, a invasão pode levar o sistema receptor a um ponto mais próximo daquele que o inspirou. Em situações mais graves, as distorções podem produzir um novo modelo que não é captado pelas tradicionais classificações. São as armadilhas dadas pelo presente grego.” (ibidem, loc. cit.).

Nota-se, portanto, que, apesar do âmbito restrito no qual a Lei nº 9.099/1995 buscou instituir nova racionalidade processual penal²¹⁷, seu advento foi responsável pela internalização de sua lógica pelos seus operadores, alterando o campo da cultura jurídica brasileira para um panorama cada vez mais próximo de uma justiça processual penal consensual e oral – o que, como se viu, são traços marcantes do processo penal *adversarial*.

3.3 As reformas processuais penais de 2008

As reformas processuais penais ocorridas em 2008 são as mais substanciais submetidas ao Código de Processo Penal desde o início de sua vigência, em 1941.

As Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719 (todas de 2008), têm origem nos Projetos de Lei (PLs) nºs 4.203, 4.204, 4.205, 4.206 e 4.207 (todos de 2001) – no caso, os PLs nºs 4.204 e 4.206 (ambos de 2001) foram apensados ao PL nº 4.203/2001.

No que toca às determinações específicas dessas leis que interessam ao tema, elas serão oportunamente abordadas nos tópicos subsequentes. A título de contextualização do panorama processual penal em que essas reformas se deram, é suficiente, neste item, a análise, sob o parâmetro do conceito de processo *adversarial* adotado, de alguns pontos das exposições de motivos propostas juntamente com os referidos Projetos de Lei.

Na exposição de motivos do PL nº 4.203/2001, atinente à reforma do procedimento do Tribunal do Júri, há predominantemente menção às modificações específicas propostas – por exemplo, à redução da influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre o jurado²¹⁸, à forma direta pela qual as perguntas devem ser feitas às testemunhas e ao acusado

²¹⁷ A propósito, Zilli pondera: “Com efeito, a revolução negociada em nosso processo operou-se no campo da criminalidade de menor potencial ofensivo. Trata-se de criminalidade que não comporta grande dispêndio de energia processual para o seu enfrentamento, demandando dessa forma, caminhos alternativos à persecução. A transação penal, com sua índole despenalizadora, evidencia a adesão a uma política criminal alimentada pelo ideal de reinserção social e, portanto, contrária à estigmatização persecutória. Os requisitos, o conteúdo e a forma do acordo são preestabelecidos, cabendo ao juiz o papel controlador. Afinal, a justa causa que se projeta para a ação penal abraça também a legitimidade do acordo. Isso também deveria ocupar o foco de atenção do juiz. Não se trata, portanto, de simples chancela. Logo, a incorporação da lógica da negociação em nosso sistema, operada pela Lei 9.099/95, deu-se por uma espécie de experiência controlada de laboratório. Não se projetou um ambiente de plena liberdade das partes, de todo desconhecido em nossa cultura processual.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, v. 25, n. 300, p. 4).

²¹⁸ Veja-se: “Reduz-se a influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre os jurados.” (Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

pelo juiz presidente e pelas partes²¹⁹, ao deslocamento do interrogatório para momento posterior à colheita da prova²²⁰ e à proibição do uso de algemas, como regra, no acusado²²¹. Em termos mais globais, para os fins deste tópico, identifica-se, apenas, referência à permissão da realização do julgamento sem a presença do acusado como corolário lógico do direito ao silêncio. Disso, infere-se a intenção de que o acusado deixasse de ter tratamento objetificado, transferindo-lhe a escolha quanto ao exercício de sua defesa. De certo modo, aqui se percebe, na mentalidade do proponente legislativo, adoção de lógica mais próxima à de um processo de partes – semelhante à que facultou ao acusado não se submeter ao interrogatório.

No que tange ao interrogatório, aliás, o PL nº 4.204/2001 – apensado ao PL nº 4.203/2001 – tratou do assunto²²². Ao apontar a necessidade de conformação do Código de Processo Penal aos princípios, normas e regras constitucionais, justificou a mudança do paradigma da natureza do interrogatório, que, para além de meio de prova, devia ser visto como um meio de defesa²²³. Nesse ponto, novamente, identifica-se uma aproximação entre as ideias que nortearam a proposta legislativa e um sistema processual centrado nos indivíduos.

Já no tocante à exposição de motivos do PL nº 4.205/2001, houve expressa referência ao contraditório e à ampla defesa, princípios dos quais se extrai o asseguramento às partes das suas participações efetivas no curso do processo, inclusive no tocante à produção da prova²²⁴. Disso decorreu entendimento segundo o qual, à revelia dessas

²¹⁹ Veja-se: “As perguntas serão feitas diretamente às testemunhas e ao próprio acusado pelo juiz presidente e pelas partes.” (Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²²⁰ Veja-se: “O acusado será interrogado, se estiver presente, somente após a colheita da prova.” (ibidem).

²²¹ Veja-se: “Em plenário dá-se tratamento humanitário ao acusado, proibindo, como regra, o uso de algemas.” (ibidem).

²²² A exposição de motivos relativa ao PL nº 5.073/2001, consubstanciado na Lei nº 10.792/2003 – que alterou significativamente a disciplina do interrogatório –, é sucinta e não traz elementos que indiquem algo no que toca à aproximação ou afastamento do sistema processual penal do sistema *adversarial*. Por essa razão, não foi analisada no corpo deste trabalho (ibidem).

²²³ Veja-se: “Desde o advento da Constituição Federal de 1988 a doutrina processual postula a conformação do Código de Processo Penal com os princípios, normas e regras constitucionais, destacando-se dentre elas: Art. 5º, inc. LV: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’; inc. LXIII: ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado’. Na linha desses dispositivos da Magna Carta acham-se os diplomas internacionais (Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, art. 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º). No que concerne ao interrogatório do acusado, que para além de meio de prova, constitui também e sobretudo meio de defesa, afiguram-se bastante oportunas e adequadas, em consequência, inclusive para se desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais, as alterações legislativas propostas [...]” (ibidem).

²²⁴ A esse respeito, veja-se: “A Constituição de 1988, ao garantir ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa’ (art. 5º, inciso LV), assegura às partes

garantias, não se podia formar elementos cognitivos destinados à formação do convencimento do juiz e se revelou, nas intenções do proponente, certo afastamento das concepções que fundamentam o sistema *inquisitorial* na medida em que estas condicionam a gestão instrutória a cargo do julgador.

No tocante às provas periciais, a exposição apresentou a figura do assistente técnico – especificamente analisada no capítulo subsequente – como garantidor do contraditório, mais uma vez demonstrando apreço pela ideia do confronto no âmbito da produção da prova.

Por fim, justificou-se a inovação que determinou às partes a formulação direta de perguntas à testemunha pela necessidade de agilizar o procedimento da produção dessa prova e de proporcionar um contraditório mais efetivo²²⁵. Ora, neste ponto, é de se ressaltar a segunda motivação. Dizer que a formulação direta de perguntas, responsável por intensificar o nível de confronto na produção da prova, decorre do princípio do contraditório – assegurado aos processos judiciais por determinação constitucional²²⁶ –, é estabelecer a premissa para raciocínio segundo o qual a Constituição Federal clama pelo estabelecimento de um processo penal com o máximo de confronto possível. Por conseguinte, essa ideia pode levar à conclusão de que a Constituição visa a um processo em que se atribui protagonismo às partes na gestão probatória. Se o estabelecimento dessa premissa está correto no seu mérito, não se pode afirmar, mas é valioso, para os fins deste trabalho, o destaque de que esse foi o – e essas são as consequências do – pensamento consubstanciado na exposição de motivos do projeto de lei que culminou na alteração da disciplina da produção das provas em matéria penal.

A exposição de motivos do PL nº 4.206/2001 – projeto apensado ao nº PL 4.203/2001 – não possui elementos cujas análises sejam relevantes para os objetivos aqui propostos, por tratar dos dispositivos concernentes ao sistema recursal em matéria penal.

Da exposição de motivos do PL nº 4.207/2001 – que diz respeito às disciplinas da suspensão do processo, da *emendatio libelli*, da *mutatio libelli* e dos procedimentos –, pode-

a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão.” ((Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²²⁵ Por fim, “com o objetivo de agilizar o procedimento de produção da prova testemunhal – atendendo igualmente à exigência do contraditório mais efetivo –, é proposta alteração do art. 212, cabendo às partes a formulação direta de perguntas à testemunha, sem prejuízo do controle judicial e da complementação da inquirição pelo juiz.” (ibidem).

²²⁶ Conforme artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

se extrair, em termos principiológicos, ser o entendimento do seu elaborador no sentido de que é fundamental, para a garantia da eficácia do processo, a adoção de técnicas garantidoras do pleno exercício de defesa do imputado – como, no caso, a efetiva defesa antes do exame de admissibilidade da denúncia e o deslocamento do interrogatório para momento posterior ao da produção da prova²²⁷. E não se pode pensar em processo de protagonismo de partes sem que se garanta as suas atuações efetivas – no caso específico, a do imputado.

Há, ainda, explícita menção de que uma audiência una e oral de instrução e julgamento seria o ideal para o sistema processual penal brasileiro. A propósito, observa-se que, apesar de a concentração procedimental não ser elemento basilar do conceito de processo *adversarial*, há considerável afinidade entre essas ideias, por aumentarem a intensidade em que o confronto se dá²²⁸.

Por fim, não se pode olvidar que Antonio Magalhães Gomes Filho, integrante da Comissão de juristas responsável pela elaboração das reformas de 2008, reconhece expressamente a influência que o sistema *adversarial* teve nas reformas processuais²²⁹.

Vislumbra-se, em suma, pela análise dos três momentos legislativos propostos, franca e gradual adoção, ao longo do tempo, de racionalidade mais próxima à da que aqui se definiu como *adversarial*. A proporção dessa mudança, bem como os seus limites somente podem ser dimensionados com a análise sistemática dos dispositivos específicos de lei que dizem respeito ao tema, razão pela qual se passa a esse estudo.

²²⁷ Veja-se: “Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade. São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame de admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogado o acusado, produzidas alegações finais das partes e prolatada a sentença. O juiz poderá rejeitar a acusação, liminarmente ou no momento do recebimento da denúncia ou queixa, bem como absolver sumariamente o acusado, após facultar às partes a produção de provas.” (Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²²⁸ Vejam-se itens 1.1.2.2 e 1.4 desta dissertação.

²²⁹ Veja-se: “A nova regra geral adotada pelo legislador brasileiro para a produção da prova testemunhal tem suas raízes no sistema *adversarial* anglo-americano, no qual prepondera na atividade probatória a iniciativa dos interessados, tanto na proposição como na produção da prova.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 225.)

4 A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Este capítulo tem por escopo analisar a legislação brasileira que regulamenta a produção da prova oral em matéria penal, selecionando-se os aspectos fundamentais e pertinentes à reunião de elementos que servissem à conclusão de uma eventual aproximação ou afastamento do sistema processual penal brasileiro relativamente ao sistema processual *adversarial*.

Em face das dimensões do presente trabalho e da relevância de cada um dos procedimentos, optou-se fundamentalmente pelo recorte do estudo que prioriza os procedimentos ordinário e do júri.

De início, dividiu-se o capítulo em itens que analisam, respectivamente, a prova testemunhal, o interrogatório, a oitiva do perito e a acareação.

Destinou-se, ainda, além do estudo da instrução perante o procedimento do Tribunal do Júri, itens para as apreciações dos regramentos concernentes à oitiva do colaborador, à prova emprestada e ao estabelecimento do contraditório judicial como regra para a produção da prova penal.

Por fim, analisou-se a produção da prova oral em nível recursal e nos procedimentos de competência originária dos Tribunais.

Faz-se necessário, antes que se proceda a essas questões, o estabelecimento do que se entende pela expressão “produção da prova oral”.

Primeiro, deve-se delimitar o conceito de *prova*. Antonio Magalhães Gomes Filho, em estudo sobre a terminologia da prova, alerta para a polissemia do vocábulo tanto na linguagem geral – entenda-se, fora do mundo jurídico – quanto na processual²³⁰. O autor

²³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 304-306.

distingue os sentidos de *prova* como *demonstração*²³¹, *experimentação*²³² e *desafio*²³³ e os transplanta ao campo do processo, mas reconhece, para a precisa contemplação de todos os aspectos da ciência processual, a insuficiência desses três recortes.

Gomes Filho propõe, assim, em derivação do sentido de *prova* como *demonstração*, a sua acepção como *elemento de prova*, entendido como “cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”²³⁴. É desse conceito, destaca o autor, que se desdobra a ideia de que a formação do convencimento judicial é resultado de procedimentos inferenciais que usam como fundamento uma pluralidade de informações²³⁵. Essa é a compreensão de *prova* adotada nesta dissertação.

No que tange à qualificação da prova como *oral*, destaca-se que a doutrina, em geral, não se estende no tema. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, contempla a expressão apenas como um dos modos de se classificar a prova pela natureza das atividades desenvolvidas²³⁶. Em sentido similar, Paula Braga, Didier Junior e Rafael Oliveira colocam a terminologia *prova oral* como classificação da prova quanto à sua forma ou maneira como se apresenta em juízo, com o significado de *afirmação pessoal oral*²³⁷. Cássio Scarpinella Bueno, na mesma linha, conceitua *prova oral* como a prova produzida pela palavra oral²³⁸.

²³¹ Gomes Filho elucida: “A *prova* é entendida como *demonstração* quando se diz que ela serve para estabelecer a *verdade* sobre determinados fatos. Nessa primeira acepção, *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; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 305, grifo do original).

²³² O autor prossegue: “Em segundo lugar, a expressão *prova* indica uma *atividade* ou *procedimento* destinado a verificar a correção de uma hipótese ou afirmação. Em outras palavras, trata-se de realizar um *teste*, ao fim do qual é possível admitir como verdadeira, fundada, provável etc. a proposição inicial.” (ibidem, loc. cit., grifo do original).

²³³ E conclui: “Finalmente, numa terceira acepção, *prova* pode ainda significar *desafio* ou *competição*, indicando um obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões.” (ibidem, loc. cit., grifo do original).

²³⁴ Ibidem, p. 307, grifo do original. Na mesma linha de Gomes Filho, Badaró elucida: “Elemento de prova é o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 382).

²³⁵ Badaró explica: “A expressão revela, por sinal, outra característica fundamental da atividade probatória, a de que o convencimento judicial resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (*provas*), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais para que se chegue a uma conclusão sobre os fatos.” (ibidem, loc. cit., grifo do original).

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3, p. 93.

²³⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Freddie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 68.

²³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. t. 2, p. 239.

O Código de Processo Penal, ao dispor sobre a livre apreciação da prova pelo juiz, faz referência à prova produzida em contraditório judicial²³⁹, determinando como regra para que dado elemento de prova possa ser valorado pelo julgador a de sua produção em juízo, mediante efetiva participação das partes. E, na expressão *produção da prova oral*, é a essa produção que se faz referência.

Dessa maneira, quando se propõe, neste trabalho, o estudo da *produção da prova oral*, faz-se referência à atividade de inserção, no campo do processo, mediante expressão oral, dos elementos probatórios que servirão de base à atividade cognitiva do julgador na formação da sua convicção.

4.1 A prova testemunhal

Se outrora a testemunha era, praticamente, a única fonte de prova com a qual se podia contar na tentativa de determinação dos fatos, a sua importância, hoje, ainda é mais que notável²⁴⁰.

A prova testemunhal, em regra, é produzida oralmente²⁴¹, somente sendo permitido à testemunha prestar depoimento por escrito em hipóteses muito restritas²⁴² e que apenas confirmam a regra da oralidade. Isso não só inclui como primordial o seu estudo nesta dissertação – já que esta tem como objeto a produção da prova oral no processo penal brasileiro – como também alude a, em certa medida, de que maneira a prova testemunhal pode adequar-se à visão *adversarial* de definição dos fatos. A oralidade, por si só, apesar de não ser elemento diferenciador entre sistemas processuais *adversariais* e *inquisitoriais*,

²³⁹ Veja-se: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

²⁴⁰ Nesse sentido, veja-se: “Los testigos, decía BENTHAM, ‘son los ojos y los oídos de la justicia’. (33, tomo II, pág. 93). Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba. Su importancia en materia penal es considerable; frecuentemente es la única base de las acusaciones.” (GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Traduzido por Mariano Ruiz-Funes. 5. ed. Madrid: Reus, 1971. p. 9).

²⁴¹ Veja-se: “Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.”

²⁴² Essas hipóteses tratam da modificação realizada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que incluiu à redação do Código de Processo Penal do artigo 221 o parágrafo a seguir: “§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.”

naturalmente se atrela à imediação, à concentração procedimental e à identidade física do juiz, sendo quase uma condição para que um sistema competitivo de definição fática se verifique em sua completa potencialidade²⁴³.

Por questões metodológicas, dividiu-se o estudo desse meio de prova em três blocos de disposições legais que tocam o tema, relativos (1) à pessoa da testemunha; (2) à forma de inquirição das testemunhas; e (3) à presença física dos envolvidos na prática do ato.

4.1.1 A pessoa da testemunha

Não obstante a legislação processual defina que toda pessoa pode ser testemunha²⁴⁴, também lhe exige a prestação de compromisso de dizer a verdade²⁴⁵. O Código Penal, inclusive, prevê como crime fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha²⁴⁶. Há, no corpo do Código de Processo Penal, vedações legais quanto ao deferimento desse compromisso²⁴⁷, o que dá origem às incapacidades de ser ouvido como testemunha. Parte da doutrina classifica-as entre incapacidades naturais, que impedem as pessoas com deficiência mental ou intelectual e os menores de 14 anos de se submeterem ao compromisso de dizer a verdade²⁴⁸; e incapacidades legais²⁴⁹, que proíbem o compromisso por aqueles que possuem as relações com o acusado indicadas no artigo 206²⁵⁰ do CPP.

²⁴³ Vejam-se itens 1.1.2.2 e 1.4 desta dissertação.

²⁴⁴ Veja-se: “Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.”.

²⁴⁵ Veja-se: “Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”.

²⁴⁶ Veja-se: “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: [...]”.

²⁴⁷ Veja-se: “Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.”.

²⁴⁸ Aquino explica: “A incapacidade natural se funda no fato de que tanto os menores de 14 anos como também aqueles indivíduos portadores de doenças ou deficiências mentais não estão em condições de compreender a importância da prestação do compromisso” (AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 73).

²⁴⁹ Ainda, o autor diz: “Já na incapacidade legal, que diz respeito a um determinado processo, o legislador houve por bem privar os parentes do acusado da prestação do compromisso, em razão das circunstâncias pessoais. Por tais motivos, as vítimas também deixam de prestar compromisso” (ibidem, p. 74).

²⁵⁰ Veja-se: “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.”.

A observação dessa capacidade (ou das incapacidades) é significativa para os fins pretendidos na medida em que se vislumbra a obrigação de dizer a verdade como elemento substancial do direito ao confronto²⁵¹. Em se assumindo que o processo *adversarial* consiste naquele cuja definição dos fatos se dá como resultado de uma “disputa justa” entre as partes – às quais se incumbe a gestão probatória –, é de se concluir que a alteração do grau de confronto ao qual o processo é submetido importa em aproximação ou afastamento relativamente ao “tipo ideal” definido.

Se o dever de dizer a verdade é essencial ao confronto, o impedimento de certas pessoas de se submeterem ao seu compromisso – seja em razão das suas capacidades de compreensão fática reduzidas, seja por suas relações demasiadas próximas com os envolvidos no caso –, à primeira vista, parece indicar a proibição de que os relatos desses indivíduos sejam utilizados para a formação da convicção do julgador.

E, por essa lógica, a legislação regulamentadora da prova testemunhal possui um primeiro e considerável ponto de afastamento relativamente ao sistema *adversarial*, que se manifesta na possibilidade, resultante da combinação da leitura dos artigos 202 e 206, da introdução no processo, mesmo que com carga valorativa relativizada, das declarações de quem legalmente não possa se comprometer a dizer a verdade.

Quando o sistema permite que essas informações, sob a tutela do conceito de informante, ingressem na esfera processual, possibilita que influenciem de alguma forma o julgador na avaliação da qual resulta a formação da sua convicção. Essa brecha no filtro do compromisso de dizer a verdade implica necessário decréscimo do caráter de confronto do sistema processual, o que o afasta, em boa medida, do sistema *adversarial*.

Nessa mesma linha segue o tratamento legal da oitiva do ofendido dado pelo artigo 201 do CPP²⁵². No caso, por ter interesse no desfecho do processo, o ofendido não presta

²⁵¹ Veja-se item 1.4 desta dissertação.

²⁵² Veja-se: “Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

depoimento, mas sim declarações, que devem ser ouvidas “sempre que possível”²⁵³. Nessa condição, portanto, não lhe pode ser imputado o crime de falso testemunho, pois este se aplica exclusivamente a testemunhas, peritos, contadores, tradutores ou intérpretes. Dessa maneira, é cabível à oitiva do ofendido crítica semelhante àquela feita em relação aos informantes, principalmente porque não são raros os entendimentos de se dar especial valor às palavras das vítimas nos casos de crimes cometidos na clandestinidade – como crimes sexuais e alguns crimes contra o patrimônio –, considerando-as suficientes para o embasamento de uma condenação²⁵⁴.

Em favor da racionalidade *adversarial*, destacam-se as determinações do artigo 214 do CPP, que prevê a contradita da testemunha antes de se iniciar o seu depoimento²⁵⁵, e do artigo 213 do CPP, que proíbe, como regra, à testemunha manifestar apreciações pessoais²⁵⁶. No caso da primeira, a aproximação se dá porque há a criação de um campo próprio para a contestação da credibilidade das testemunhas, o que é salutar quando se pensa em determinação competitiva dos fatos. No que tange à segunda, toda a noção de “disputa justa” se deteriora quando se permite a utilização de elementos probatórios que não sejam racionalmente refutáveis – no caso, impressões pessoais. E, nesse sentido, excluí-los do conjunto probatório é evitar esse embaraço.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”

²⁵³ No que tange às declarações do ofendido, há discussão sobre a não previsão, pelo artigo 201, da possibilidade de perguntas das partes do ofendido. A resposta que se dá a essa questão variará de acordo com o entendimento que se tenha da natureza jurídica dessas declarações. Há corrente doutrinária e jurisprudencial que não as compreende como provas, o que conduz à possibilidade de não se aplicar o contraditório no seu procedimento (STF, RTJ 83/1938). Todavia, predomina a visão de que se trata de meio de prova, o que impõe a sua subsunção ao contraditório e, dessa maneira, determina que as partes participem ativamente da sua produção. Nesse sentido, em analogia ao disposto em relação à prova testemunhal, deve-se permitir às partes que formulem perguntas ao ofendido.

²⁵⁴ Por todos, veja-se o HC 306.338-SP: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO TENTADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 3. A fundamentação do acórdão impugnado é fiel à remansosa jurisprudência desta Corte Superior que, considerando a difícil prova do delito de estupro – comumente é praticado sem testemunhas oculares e com possibilidade de desaparecimento de vestígios – confere relevância à palavra da vítima. Precedentes.” (BRASIL. Tribunal Superior de Justiça, 5ª Turma. HC 306.338-SP. Rel. Min Joel Ilan Paciornik, *DJe* 28/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²⁵⁵ Veja-se: “Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.”

²⁵⁶ Veja-se: “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.”

Ainda em compatibilidade com a concepção competitiva de determinação dos fatos – mas de modo menos evidente –, tem-se a disposição quanto ao sigilo profissional. A regra do artigo 207 impõe a proibição do depoimento daqueles que, em decorrência de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo²⁵⁷. Como elucida Ana Lúcia Vieira de Menezes, a limitação do direito à prova das partes em razão do sigilo profissional se dá mediante uma escolha por valores extraprocessuais de interesse de toda a comunidade, que possui interesse tanto na prestação dos serviços impossibilitados de se realizarem sem a revelação de segredos quanto na tutela da intimidade para que a divulgação desses segredos não se dê para além do estritamente necessário²⁵⁸. As lições de Hélio Tornaghi²⁵⁹ trilham nesse caminho.

Essa regra responsável por gerar impedimentos de se chegarem ao julgador determinadas fontes de prova, trata-se, portanto, de uma opção política²⁶⁰. O ordenamento

²⁵⁷ Veja-se: “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.”

²⁵⁸ A propósito, “Trata-se de uma ponderação de valores feita pelo legislador, de um equilíbrio entre interesses em jogo, decorrente da necessidade de tutela das relações profissionais, consideradas úteis para a convivência social. À comunidade interessa o bom funcionamento de alguns serviços, o que só é possível quando há relação de *confiança* entre o cliente e alguns profissionais, como o médico, advogado etc., e o cidadão sabe que seus interesses e segredos individuais não serão revelados, nem mesmo em juízo.” (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal*. 2012. 265 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, f. 142, grifo do original).

²⁵⁹ O autor ensina que “A proteção ao segredo profissional decorre do interesse de *todos*, da necessidade que cada um tem de confiar no profissional e de estar seguro de que o segredo não será revelado. Por isso mesmo, contribui para aumentar a confiança geral e o prestígio da profissão aquele que, embora dispensado de guardar o segredo, não consente em depor em juízo a respeito dele.” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 476).

²⁶⁰ Há, nesse aspecto, demonstra Ada Pellegrini Grinover, certa conexão entre essa determinação e o desenvolvimento da racionalidade do Estado liberal – que, em termos de liberdades públicas, permanece no Estado Democrático, convivendo com direitos econômicos e sociais. Este, por sua vez, associa-se – apesar de não determinar peremptoriamente a instituição de – à ideia central estruturante de um processo calcado no protagonismo das partes – ou dos indivíduos –, que implica na diminuição das funções estatais e se coaduna com o que se definiu como processo *adversarial*: “Se, historicamente, pode assim ser explicada a razão do retorno ao sistema inquisitório e da exasperação do princípio da verdade material, com a atribuição de um sentido equívoco ao ‘livre convencimento’ do juiz, os fatores que influíram negativamente sobre tais princípios não mais subsistem, devendo eles ser reformulados à luz da nova consciência social. A tendência autoritária do processo penal que levou a conclusões aberrantes, como, por exemplo, à de que o princípio do livre convencimento somente seja válido em matéria penal, porque o processo civil, na maioria dos sistemas ocidentais, é prevalentemente regido pelo princípio dispositivo. Daí se seguiu a ampliação do âmbito da operatividade do princípio do livre convencimento com a crença errônea de que este não diz respeito apenas à avaliação da prova, mas é a expressão de uma mais ampla e complexa liberdade do juiz, preso à realização da pretensão punitiva do Estado. Daí decorreu o aviltamento dos direitos subjetivos do acusado, degradados à simples *Reflexrechte*, considerando-se o réu como instrumento através do qual se podia realizar a pretensão punitiva do Estado e a defesa social como a finalidade precípua do processo penal. Características deste enfoque são ainda: a relutância em conceber o processo como limite colocado à atividade do juiz; a polêmica contra o formalismo; e a ideia exasperada da busca da verdade material e de um procedimento que pudesse alcançar, de qualquer forma, rápida e seguramente o culpado. Mas, hoje, tais ideias não podem ser sustentadas. [...] o processo penal hodierno há de se inserir no quadro das liberdades públicas, para garantir ao indivíduo sua liberdade jurídica. No Estado democrático, o processo penal não pode ser senão estatuto jurídico de

abre mão, deliberadamente, de informações de grande qualidade epistêmica em prol de outros valores. E não se pode olvidar o fato de, como assinalado anteriormente, a subordinação das regras processuais a uma ideia que supervaloriza as atribuições e funções do julgador – ou inquisitorial – ser aprioristicamente contrária à exclusão de informações que o auxiliem em matéria epistemológica. Se a questão for discutida apenas em termos de “acertamento de decisão”, haverá resistência para a exclusão de provas ilícitas ou para a determinação do sigilo profissional. Isso, aliás, historicamente foi, em geral, – e em certa medida ainda é – o principal obstáculo à aplicação de regras de exclusão probatória nos sistemas concretos²⁶¹. A determinação do sigilo profissional como limitador à prova, assim, se não possui relação causal com a instituição de um sistema processual *adversarial*, carrega consigo a racionalidade necessária para que um esquema dessa ordem se desenvolva.

4.1.2 A forma de inquirição das testemunhas

Para além dos apontamentos realizados, assunto revelador atinente ao trânsito do sistema processual penal brasileiro entre a dicotomia *adversarial* e a *inquisitorial* diz respeito à forma de inquirição das testemunhas determinada pelo legislador. Ainda mais porque, desde a criação do Código de Processo Penal, a regulamentação do tema foi substancialmente alterada.

Assim, o artigo 212²⁶² atualmente determina a inquirição direta da testemunha pelas partes, relegando ao juiz a inquirição complementar, residual, apenas sobre os pontos não esclarecidos.

Nota-se, portanto, que a opção de atribuir às partes a condução da produção da prova testemunhal mediante seleção e elaboração das perguntas que considerem pertinentes

liberdades públicas. A observância dos valores de liberdade impõe ao Estado a obrigação de colocar o direito a serviço de tais valores, através da elaboração de um regime político destinado a permitir o exercício efetivo da liberdade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 73-75).

²⁶¹ Gomes Filho expõe sucintamente essa questão ao discorrer sobre os pontos nevrálgicos do desenvolvimento das regras de exclusão probatória tanto nos sistemas anglo-saxões quanto nos continentais (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Sobre o direito a prova no processo penal*. 1995. 195 f. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995, f. 98-104).

²⁶² Veja-se: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”.

coloca-as como protagonistas no que diz respeito à gestão probatória. Isso se aproxima muito da ideia *adversarial* de incumbir às partes a apresentação de teses no curso do processo e, na fase probatória, ao conduzi-la, controlar as informações que servirão de sustentáculo para a formação da convicção do julgador. Ao juiz, essa lógica estabelece uma posição passiva. E, do que se depreende da leitura da regulamentação da forma de inquirição das testemunhas, a despeito de não ser possível afirmar que lhe foi estabelecida uma atuação neutra, também não se pode dizer que a inquirição complementar lhe reserva mais que uma atividade secundária na gestão das provas.

Essa conclusão intensifica-se se comparada ao modo como o Código de Processo Penal, em sua redação originária, regulamentava o tema. O artigo 212, até a reforma operada pela Lei nº 11.690/2008, estabelecia que cabia ao juiz a formulação dos questionamentos às testemunhas, o qual atuava, naquele cenário, elaborando as suas próprias perguntas e filtrando e reelaborando as das partes. Era, portanto, o principal ator da produção da prova testemunhal²⁶³.

O fato de o juiz, sob a sistemática anterior, fazer as suas próprias perguntas sem que houvesse ressalva alguma a respeito de um caráter supletivo ou complementar do teor dos questionamentos indicava, por si só, despreço à ideia do distanciamento daqueles que não fossem as partes na produção da prova. Mas o legislador foi além. Ao colocar o julgador entre as partes e a testemunha, ao determinar a sua necessária avaliação e intervenção, realizando certo exame de admissibilidade e reelaborando à sua maneira o questionado, a legislação transpareceu uma mensagem: a prova era do juiz, feita pelo juiz e para o juiz. Assim, é inevitável não se concluir que as partes eram tratadas, pela redação original do Código de Processo Penal, de modo secundário na produção da, talvez, prova mais importante e relevante no âmbito do processo penal.

Ao se fazer a aproximação das regulamentações anteriores e posteriores à Lei de 2008, torna-se patente, ao menos nesse aspecto, o movimento da regulamentação da prova testemunhal em direção a um sistema competitivo de determinação dos fatos. O estabelecimento, ao longo do tempo, de funções mais relevantes das partes na gestão probatória e a diminuição da atuação do juiz no campo dos questionamentos às testemunhas são elementos fundamentais para que se responda à pergunta central desta dissertação, qual

²⁶³ Veja-se: “Art. 212. 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.”

seja, se é possível traçar um movimento de aproximação da regulamentação da produção da prova oral no sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual penal *adversarial* e, em caso positivo, quais são os elementos indicativos desse movimento e os seus limites.

É certo, porém, que em termos de iniciativas instrutórias do juiz as reformas da lei processual penal não operaram modificações na disposição que permite ao julgador, sem ressalvas, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes²⁶⁴. Assim, o Código de Processo Penal previu e foram mantidas iniciativas instrutórias em matéria penal além de residuais ao juiz. De maneira isolada, este aspecto prioriza uma lógica de determinação fática centrada na figura do julgador, pois, ao permitir que ele de certo modo alimente a formação da sua própria convicção mediante a indicação de testemunhas, estabeleceram-se feições que não só não demonstram apreço pela atribuição da gestão da prova exclusiva ou primordialmente às partes, mas que, de modo explícito, assumem a posição de atuação do juiz na seleção das fontes de prova ser epistemologicamente essencial. É inegável que a alteração do artigo 212 atenuou com bastante intensidade essa feição, mas se trata de questão que deve ser levada em conta na análise sistêmica da prova testemunhal.

4.1.3 A presença física dos envolvidos

Na disciplina da prova testemunhal há ainda outras feições que auxiliam a tarefa proposta neste trabalho. Destacam-se, neste subitem, as questões das presenças físicas do acusado e do juiz na oitiva da testemunha, ambas consistentes em elementos basilares da concepção de direito ao confronto assumida.

A discussão sobre a presença física do juiz impõe-se em vista da possibilidade da tomada do depoimento por carta precatória²⁶⁵, que permite à testemunha que não more na

²⁶⁴ Veja-se: “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.”

²⁶⁵ A lei processual, em racionalidade semelhante, permite a oitiva da testemunha por carta rogatória, que se aplica nos casos em que a testemunha residir fora da jurisdição brasileira. O tema se circunda de especificidades que tocam também questões atinentes ao direito internacional público e privado e que vão além da regulamentação feita pela lei processual nacional. Ademais, o trabalho se propõe a uma análise sistemática, e o instituto, por si só, não teria o condão de alterar a essência do sistema preconizado. Portanto, optou-se pela exclusão, nesse âmbito, do seu estudo.

jurisdição na qual o processo se desenvolve ser inquirida pelo juiz do lugar de sua residência²⁶⁶.

Nos termos do estabelecido no tocante ao direito ao confronto, pode-se dizer que o instituto da oitiva da testemunha por carta precatória culmina em considerável atenuação da sua ideia. A possibilidade de uma prova ser produzida na ausência física do juiz incumbido de prolatar a sentença conduz ao fato de que o julgador será incapaz de captar sensorialmente todas as *nuances* relacionadas à produção daquela prova.

Uma concepção *adversarial* de processo pressupõe não só uma disputa, mas que esta ocorra em respeito à imediação, que a sua realização se dê aos olhos daqueles responsáveis por decidir²⁶⁷. Assim, se parte da disputa se desenvolve sem ser presenciada pelo julgador, ao menos nesse aspecto eventual confronto estabelecido perderá muito em sua carga influenciadora da decisão. E, se as práticas de atos por carta precatória não têm o condão de definir peremptoriamente o processo como não *adversarial*, também não se pode afirmar que sejam aliadas da determinação competitiva dos fatos.

É certo, no entanto, que o fenômeno da gravação audiovisual dos atos praticados em juízo – entre eles, a oitiva da testemunha – minora essa questão, pois em muitos aspectos permite ao julgador apreciar quase por completo a produção da prova, mesmo que praticada a distância e em momento distinto. Isso, todavia, não supre plenamente, em termos de confronto, a sua presença física e a sua própria inquirição complementar – muito menos já é uma realidade na maior parte dos Tribunais brasileiros²⁶⁸.

A Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, incluiu, ainda, no tocante ao artigo 222, o § 3º, que possibilitou, no âmbito da oitiva da testemunha por carta precatória, a utilização de videoconferência ou recurso tecnológico semelhante. Neste ponto, é de se salientar a ocorrência de grande atenuação da perda em termos de confronto discutida e, mesmo que se

²⁶⁶ Veja-se: “Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da carta precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.”

²⁶⁷ Veja-se item 1.4 desta dissertação.

²⁶⁸ Para reflexões acerca da imediação e das formas de registro das provas produzidas em audiência, veja-se: GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*, p. 134-137.

considere que a videoconferência não supra plenamente essa questão, para os fins desta dissertação, é de grande relevância o fato de se verificar que, inevitavelmente, o legislador pretendeu, na medida do possível e mesmo com os custos inerentes a essa modificação, em grande escala aumentar o grau combativo das hipóteses de oitiva da testemunha por carta precatória. O propósito de ir ao encontro de uma produção da prova com essa característica deve ser levado em conta na resposta à pergunta central deste trabalho, qual seja, se é possível traçar um movimento de aproximação da regulamentação da produção da prova oral no sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual penal *adversarial* e, em caso positivo, quais são os elementos indicativos desse movimento e os seus limites.

O ponto da presença física do acusado, por sua vez, emerge com a previsão, pela Lei de 1941, da possibilidade da retirada do réu do local no momento da oitiva da testemunha nas hipóteses em que se verificar que, pela sua atitude, influencie no ânimo do depoente de modo a “prejudicar a verdade do depoimento”²⁶⁹.

É inegável que uma das consequências desse regramento foi a de também revelar certo desprestígio ao confronto na produção da prova. A presença física do acusado nesse momento, já se afirmou, é elemento importante para que o conflito se desenvolva em toda a sua potencialidade, e o seu afastamento, apenas compensado pela presença do seu defensor, apartou consideravelmente, no aspecto da autodefesa, a sua atuação. Nesse sentido, por mais que se tenha previsto o afastamento em caráter excepcional, pode-se dizer que o sistema se contrapôs ao método *adversarial* de definição dos fatos, e essa percepção se intensifica em face de a justificativa dada pelo legislador ter sido a da priorização da “verdade do depoimento”, que minora o conflito em prol de uma noção de prevalência epistemológica.

A Lei nº 11.690/2008 inovou ao possibilitar ao réu retirado da audiência acompanhar por videoconferência o depoimento da testemunha²⁷⁰ e, de modo semelhante ao

²⁶⁹ Veja-se: “Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.”.

²⁷⁰ Alterou a redação do artigo 217 para:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.”.

argumentado relativamente à carta precatória, em um cenário em que se permite o afastamento do acusado, é de se ressaltar o esforço político e institucional demandado pela mudança da legislação e sua aplicação para atenuar o decréscimo do confronto disso resultante, possibilitando ao acusado uma opção viável que o aproxime, de certo modo e com muito mais intensidade do que no quadro anterior, da produção da prova. Assim, essa mudança legislativa indica estima do legislador pela racionalidade competitiva de determinação dos fatos.

Faz-se novamente menção, a despeito de, neste ponto, não se concordar com o autor²⁷¹, que a noção de confronto proposta por Stefano Maffei, exposta no item 1.4, indica o fato de o elemento “presença física do imputado” se satisfazer na medida em que se proporcione ao indivíduo afastado condições de captar sensorialmente todas as *nuances* do depoimento prestado. Em sentido similar, a doutrina estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos permite, em alguns casos – é bem verdade que excepcionalmente –, a ausência física do réu compensada pela transmissão do ato por videoconferência. Assim, não se pode desconsiderar que, para uma parcela dos estudiosos do tema, a videoconferência resolve plenamente a problemática da atenuação do confronto gerada pela retirada do réu da sala de audiências durante o momento da produção da prova oral.

Em suma, tanto no afastamento físico do julgador do fato realizado pela carta precatória quanto no afastamento do réu por questões sensíveis à testemunha, as reformas legislativas indicaram grande apreço pela intensificação dos níveis de confronto na produção da prova testemunhal.

Refoge ao foco deste trabalho realizar uma análise exaustiva de todo o regramento concernente à prova testemunhal. As questões abordadas neste item foram aquelas cujos estudos se considerou pertinentes à identificação de eventual aproximação ou afastamento do sistema processual penal brasileiro de um sistema processual *adversarial*, razão pela qual se procede ao estudo da disciplina da oitiva do ofendido.

²⁷¹ Vejam-se argumentos apresentados ao final do item 1.4.2 desta dissertação.

4.2 O interrogatório

Apesar de o interrogatório não ser especificamente um meio de prova, mas, fundamentalmente, um meio de defesa, o fato é que ele se dá de forma oral e, nas hipóteses em que o acusado opta por dele fazer uso, o seu resultado soma-se aos elementos formadores da convicção do julgador²⁷². Por isso, apesar da barreira terminológica, faz-se necessário o estudo do delineamento do seu procedimento neste trabalho.

Em razão de o foco aqui ser a análise da produção da prova oral – que em regra ocorre em juízo –, excluiu-se a exegese da oitiva do suspeito na fase de investigação. As referências que se faz ao interrogatório, portanto, dizem respeito à oitiva do acusado em juízo.

O seu regramento, desde 1941, passou por alterações substanciais que modificaram a sua essência. Algumas de suas características, bem como a observação da direção à qual o legislador indicou ao mudar a regulamentação do tema, são de grande valia à resposta da pergunta central deste estudo.

Por questões metodológicas, dividiu-se este item em seis tópicos, quais sejam, (1) o comparecimento compulsório e o direito ao silêncio; (2) o papel do defensor no interrogatório; (3) os aspectos atinentes à forma da formulação de perguntas ao acusado; (4) o interrogatório por videoconferência; e (5) o reinterrogatório e o momento do interrogatório.

²⁷² Nessa linha, Grinover assim se manifesta: “É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado – *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência –, podem surgir elementos que constituam ‘fontes de prova’. Assim, a correta conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui ele *meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova.*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa – Lei 10.792/2003. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 185-200, mar./abr. 2005, p. 186-187, grifo do original). Em igual direção, veja-se: “Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre fonte e meio de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, *fonte* de prova, na medida em que trouxer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado *meio* de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 309).

4.2.1 O comparecimento compulsório e o direito ao silêncio

Para a compreensão da essência do interrogatório, é importante destacar que, nos dias atuais, o réu não é obrigado a se manifestar²⁷³. No entanto, nem sempre foi assim. A redação originária do Código de Processo Penal previa o comparecimento compulsório, mediante intimação, do acusado²⁷⁴. No campo da legislação infraconstitucional, apenas com a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o acusado passou a unicamente se submeter ao interrogatório conforme o seu desejo. A iniciativa deriva do entendimento da sua oitiva como instrumento de defesa, e não mais como meio de prova²⁷⁵.

Essa ideia de obrigatoriedade do comparecimento do réu se relaciona muito mais a um sistema calcado na figura do juiz do que no protagonismo das partes. Se o sistema originário do Código de Processo Penal se alicerçasse em torno destas, incumbir-lhes-ia a gestão probatória, e o comparecimento em juízo de quem quer que fosse submeter-se-ia às suas vontades, e não à do julgador.

Ademais, admitir uma das partes como fonte de prova é objetificá-la. A ideia *adversarial* é incompatível com essa visão, já que preconiza as partes não só como sujeitos, mas também as qualifica como protagonistas.

Compelir uma parte a comparecer era, ainda, sob a sistemática da criação do Código de Processo Penal, em última análise forçá-la a produzir elementos de convicção indesejados e potencialmente danosos a si mesmo. Essa postura contrasta veementemente com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, já que o direito ao silêncio, naquele contexto, fora regulamentado de modo problemático.

²⁷³ Veja-se: “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

²⁷⁴ Veja-se: “Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.”

²⁷⁵ A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, ao realocar o momento do interrogatório para o final da instrução, corrobora esse entendimento: “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”

Parte da questão do antigo regramento do direito ao silêncio se dava pelo prejuízo resultante do seu exercício, o que tinha o condão de esvaziá-lo²⁷⁶. O artigo 186²⁷⁷, garantidor de que o silêncio do acusado fosse interpretado em prejuízo da defesa, abria margem a uma espécie de coação ao acusado para fazê-lo fornecer, no âmbito processual, elementos contrários à sua tese²⁷⁸. O artigo 191²⁷⁹ reforçava esse entendimento ao determinar a consignação das perguntas que o réu deixasse de responder e as razões invocadas para tanto. Por fim, o artigo 198²⁸⁰, que, embora não constasse no rol dos dispositivos concernentes ao interrogatório, relacionava-se diretamente ao direito ao silêncio, reafirmava ideia segundo a qual o silêncio do acusado, apesar de não importar em confissão, constituía elemento para a formação do convencimento do julgador.

Essas questões, somadas à do comparecimento forçado do acusado, não se coadunavam com a concepção de determinação competitiva dos fatos. Um processo em que se obriga uma das partes a jogar contra si mesma não pode ser considerado *adversarial*, pois a lógica que subsidia uma “disputa justa” determinar os fatos se deteriora.

Por essas razões, a mudança operada pela Lei nº 10.792/2003, com vistas a facultar ao acusado a decisão de não se submeter ao interrogatório, foi importante sinalizador em sentido contrário ao *inquisitorial*. Ainda mais porque, na mesma ocasião, reformulou-se o tratamento dado ao direito ao silêncio, passando o artigo 186, em seu parágrafo único, a

²⁷⁶ A propósito, Ada Pellegrini Grinover esclarece, em artigo publicado em 1977, que, a despeito de a doutrina italiana, à época, considerar o interrogatório como meio de defesa, o modo como o princípio do *nemo tenetur se detegere* se desenhava na legislação processual penal brasileira conferia ao interrogatório contornos de meio de prova: “Abandonado a linha anterior, o CPP de 1941 absorveu certas tendências autoritárias da ciência penal europeia da época, entre as quais a configuração dada ao interrogatório do réu e ao princípio do ‘nemo tenetur se detegere’. Assim é que o interrogatório é até hoje considerado meio de prova (Capítulo I do Título VII do CPP vigente) e o silêncio do acusado se constitui em fato desfavorável à defesa, podendo representar elemento para a formação do convencimento do juiz (arts. 186 a 198). [...] Destarte, com o beneplácito da doutrina, tudo indica que o legislador brasileiro está propenso a rotular o interrogatório como meio de prova e dar ao ‘nemo tenetur se detegere’ um aspecto meramente formal, atribuindo graves consequências ao silêncio do réu, que é valorado como indício de culpa, com o que se nega ao acusado a titularidade de um verdadeiro direito ao silêncio e lhe se imputa, antes, um ônus de verdade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 15-31, 1976, p. 26-27).

²⁷⁷ Veja-se: “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”.

²⁷⁸ Reveladoras da racionalidade contemporânea à redação original do CPP/1941 são as lições de Tornaghi: “A própria recusa de depor, embora ilícita, é elemento de convicção e pode levar o juiz a uma interpretação correta das razões dessa atitude e do que ela significa com relação à inocência ou à culpabilidade do réu” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, p. 508).

²⁷⁹ Veja-se: “Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.”.

²⁸⁰ Veja-se: “Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”.

determinar a impossibilidade de se interpretar o silêncio em prejuízo da defesa²⁸¹ e, em sentido semelhante, a deixar de prever a consignação das perguntas não respondidas pelo réu²⁸².

A reforma de 2003 assentou algo apontado não só pela Constituição Federal, mas também pela doutrina antes mesmo desse ordenamento²⁸³ e pelos tratados internacionais sobre o tema incorporados ao ordenamento doméstico. Consagrou-se, assim, o direito ao silêncio no processo penal brasileiro²⁸⁴, que, embora não estabeleça por si só uma lógica *adversarial*, é com ela plenamente compatível e indissociável, já que se relaciona intrinsecamente com a noção de “disputa justa”.

4.2.2 O papel do defensor no interrogatório

Para além da facultatividade do interrogatório e do delineamento do direito ao silêncio, o papel do defensor na oitiva do acusado é de grande auxílio na localização do sistema processual penal brasileiro entre os conceitos *adversarial* e *inquisitorial*.

A redação original do Código de Processo Penal previa que o defensor do réu não podia intervir ou influir nas perguntas e nas respostas da oitiva do acusado²⁸⁵. Disso, infere-se profunda aversão, pelo legislador de 1941, à atuação do advogado de defesa no momento

²⁸¹ Veja-se: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”.

²⁸² O artigo 191, que trazia essa previsão, passou a dispor apenas como se segue: “Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.”.

²⁸³ Ada Pellegrini Grinover, em 1976, já defendia entendimento segundo o qual o interrogatório como meio de defesa ao não aceitar sanções, mesmo que indiretas, ao exercício do direito ao silêncio: “O retorno ao direito ao silêncio, em todo o seu vigor, sem atribuir-lhe-se nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que lhe se abre através do interrogatório. Mas quanto a uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicados para a tutela de sua dignidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, v. 3, n. 1, p. 31).

²⁸⁴ Ainda como explica Grinover: “Agora, com a redação dada aos arts. 185 a 196 do CPP pela nova lei, a legislação infraconstitucional processual penal adequa-se ao sistema constitucional e passa a configurar o interrogatório como verdadeiro meio de defesa. Esta é a inovação principal trazida ao Código de Processo Penal pela Lei 10.792/2003. E é à luz desta nova configuração que se justificam e se explicam as mudanças introduzidas nos dispositivos atinentes ao interrogatório.” (idem. O interrogatório como meio de defesa – Lei 10.792/2003. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 13, n. 53, p. 187).

²⁸⁵ Veja-se: “Art. 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.”.

do interrogatório²⁸⁶. Essa ideia, evidenciada no início do Capítulo 2, relaciona-se ao contemplamento do defensor como obstáculo ao canal de informações que serve à formação da convicção do julgador. Impedir que o advogado do acusado intervenha a seu favor no curso do interrogatório é vê-lo como desnaturador de elementos probatórios, como perversor da verdade²⁸⁷.

As conclusões procedentes não podem ser outras senão as de que o Código de Processo Penal, nesse ponto, inclinava-se abertamente contra uma concepção *adversarial* de processo. Essa ideia pressupõe a apresentação das teses de acusação e de defesa, com as respectivas produções das provas geridas pelos interessados (partes) em um cenário de pleno embate e em que o desempenho de cada parte implica a definição de um vencedor, cuja tese prevalece. E, para que isso ocorra é preciso que a disputa se dê em máxima intensidade, fazendo-se necessária a cautelosa e precisa atuação de um profissional (formado e treinado para tanto) em cada um dos polos da contenda. Negá-la e assumir a ideia de privilegiar a chegada, ao julgador, do máximo de informações cruas e desnudas afasta o sistema probatório da idealização *adversarial*.

Em 2003, com a mudança no artigo 185²⁸⁸, a legislação passou a determinar a presença do advogado no momento do interrogatório do acusado. E não só isso. Enfatizou-se a necessidade de o defensor ser constituído ou nomeado, a indicar que a sua presença não passou a ser considerada mera faculdade do réu, mas sim obrigatória. No mesmo sentido, o § 1º da nova redação determinou a presença do defensor no interrogatório do acusado preso, e o § 2º garantiu ao acusado a realização, previamente ao interrogatório, de entrevista reservada com o seu defensor.

No período entre o início da vigência do Código de Processo Penal e a sua alteração pela Lei de 2003 muito aconteceu. Entre idas e vindas, com a intercalação de períodos autoritários e democráticos, a Constituição Federal de 1988 emergiu, após longo período de

²⁸⁶ Não havia previsão para que a acusação elaborasse perguntas nesse ato, o que corrobora o entendimento de desprestígio à ideia da gestão probatória realizada pelas partes. A repulsa explícita da lei à atuação, porém, se dava apenas em face do advogado de defesa.

²⁸⁷ Sobre o papel do advogado de defesa no desenvolvimento de uma concepção *adversarial* de processo penal na Inglaterra, veja-se Capítulo 2.

²⁸⁸ Veja-se: “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.”.

ditadura militar, como sustentáculo do regime democrático que se formava no Brasil. O seu espírito democrático, por sua vez, não podia se restringir a questões mais visíveis como a forma de representação dos cidadãos, e de fato não se limitou dessa maneira. Várias são as disposições, em seu conteúdo, que instituem a democratização do processo, v.g., a afirmação do papel essencial do advogado na administração da justiça²⁸⁹.

Desse modo, com a Constituição Federal de 1988, a visão até então existente da função do advogado se alterou. Se antes, como visto, o defensor se rodeava de desconfianças, pois era tratado como um obstáculo à realização da justiça, a nova Constituição vislumbrou-o como elemento essencial à sua consecução. Por sua vez, a Lei nº 10.792/2003, tardiamente, mas em conformidade com o estabelecido pelo legislador constituinte, corroborou essa visão, e se alinhou, pelas razões expostas, à noção *adversarial* de processo.

4.2.3 A forma da formulação de perguntas ao acusado

No que tange à realização das perguntas ao acusado, o Código de Processo Penal, em sua origem, não permitia a participação das partes na formulação de perguntas ao interrogado – nem de modo indireto²⁹⁰. Um dos significados desse regramento dizia respeito ao fato de, à época, o interrogatório, bem como a prova no sistema processual estruturado, ser considerado apenas mais um instrumento do julgador para o julgador. Outra das

²⁸⁹ Veja-se: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

²⁹⁰ Veja-se: “Art. 188. O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre:

I – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

II – as provas contra ele já apuradas;

III – se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

IV – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

V – se verdadeira a imputação que lhe é feita;

VI – se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

VII – todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII – sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu.

Parágrafo único. Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.”

conclusões possíveis é a de que, nesse ponto, o desapareço do legislador para com o contraditório e, por conseguinte, com o confronto na produção dessa prova – já que o interrogatório era tratado como meio de prova –, era evidente. Ademais, o disposto no regramento se contrapunha a qualquer ideia de gestão probatória das partes. Assim, a redação original do Código de Processo Penal reafirmava, no corpo do artigo 188, outra forte inclinação contrária a um esquema *adversarial* de determinação dos fatos.

A Lei nº 10.792/2003, ao modificar esse dispositivo²⁹¹, regulamentou nebulosamente a ordem e a forma da elaboração das perguntas durante o interrogatório. Por um lado, o legislador manteve, com a nova redação, o juiz como o primeiro a interrogar o acusado; e, por outro, a lei inovou ao prever a possibilidade de as partes elaborarem perguntas ao interrogado, suscitando, assim, aspectos de confronto no ato, em particular no que diz respeito ao corréu, se existir²⁹².

A forma como essas perguntas devem dar-se não está clara na redação. Uma primeira interpretação, mais literal, indica que as perguntas das partes devem ser direcionadas ao juiz, que por sua vez faz as reperfurtações quando considerar pertinente e relevante procedê-las²⁹³. Na prática, contudo, por meio de interpretação sistemática da legislação processual penal, tem-se admitido, desde a lei que extinguiu o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas (Lei nº 11.690/2008), após as perguntas do juiz, a

²⁹¹ Veja-se: “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”.

²⁹² Nesse sentido, veja-se: “Mas, sem dúvida, o maior avanço introduzido foi a possibilidade aberta às partes de formulação de perguntas ao acusado. Com isto, o interrogatório, além de ser ato destinado ao exercício do direito de defesa, em sua vertente da autodefesa, passa a ser, também, aberto à exploração contraditória. Reforçou-se o seu caráter híbrido, mormente em virtude da perspectiva de participação dos sujeitos parciais, resguardado, obviamente, o direito ao silêncio.” (PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial: conclusões preliminares do Grupo de Estudos do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 135, p. 2-3, fev. 2004, p. 2).

²⁹³ Para interpretação nesse sentido, veja-se posicionamento de Grinover: “Correta a disposição: sobretudo em relação à defesa, é indispensável que sobre todos os fatos o acusado possa desenvolver plenamente sua autodefesa. E, em face do princípio da igualdade processual, era necessário garantir a mesma faculdade à acusação. Mas tudo será filtrado pelo juiz. Diversamente do que se preconiza para as testemunhas, em que o projeto de lei sobre a instrução prevê a *cross examination*, com perguntas diretas das partes – sob o controle do juiz –, para o interrogatório quis-se evitar qualquer possibilidade de pressão, devendo as perguntas suplementares ser formuladas exclusivamente pelo juiz, a quem se atribui a aferição da pertinência e relevância das questões levantadas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa – lei 10.792/2003. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 13, n. 53, p. 193). Vejam-se, ainda: PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 2; e CRUZ, Rogerio Schietti Machado. A Lei n. 10.792/03, o contraditório e o conservadorismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 135, p. 7-8, fev. 2004, p. 7.

inquirição direta pelas partes (primeiro a acusação, depois a defesa) no procedimento do interrogatório, sem, contudo, considerar-se nulo o ato no caso de o juiz proceder às reperguntas²⁹⁴.

Assim sendo, admite-se que a inovação no artigo 188 trouxe novas atribuições às partes, mesmo que não plenamente, pois, se não instituiu o seu protagonismo exclusivo, tirou-as da situação de coadjuvantes.

É bem verdade que, em relação aos casos de pluralidade de réus, a legislação possui lacunas, uma vez que a redação original do Código de Processo Penal, no corpo do revogado artigo 189²⁹⁵, e a atual, no do artigo 191 vigente, preveem que nas hipóteses de mais de um acusado os interrogados devem ser ouvidos separadamente²⁹⁶.

Ora, ainda que se admita a natureza de meio de defesa do interrogatório, é evidente, como já se argumentou, que os elementos informacionais resultantes das hipóteses em que o acusado optar por ser ouvido terão caráter probatório, pois serão avaliados pelo julgador na formação da sua convicção. Assim, não só, mas principalmente nas hipóteses em que, no exercício do seu instrumento de defesa, um réu produzir elementos que incriminem um corréu, a legislação atual será incongruente com o sistema por ela própria preconizado, pois o afastará da possibilidade de exercer a sua autodefesa²⁹⁷. Por mais que se deduza, do

²⁹⁴ O julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 48354/SP sintetiza essa questão: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS DIRETAMENTE PELO DEFENSOR. INDEFERIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 118 DO CPP. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O interrogatório, como ato de defesa do acusado e fonte de prova, submete-se ao princípio do contraditório, com direito de participação das partes no ato judicial. 2. A teor do art. 188 do CPP, o juiz, após proceder ao interrogatório, indagará da acusação e da defesa se restou algum fato a ser esclarecido, formulando ao réu as reperguntas que entender pertinentes e relevantes. 3. Após o advento da Lei n. 11.690/2008, que superou o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas, nada impede que, por uma interpretação sistemática, o magistrado permita que as partes façam perguntas diretamente ao acusado. Contudo, o indeferimento da inquirição direta, por si só, não inquina de nulidade o interrogatório. 4. A negativa do advogado do recorrente de formular reperguntas, por intermédio do juiz não pode ensejar o reconhecimento automático de nulidade do interrogatório, máxime porque foi realizado de acordo com o art. 188 do CPP. A inquirição complementar pelas partes é facultativa, o ato atingiu sua finalidade, pois o réu exerceu sua autodefesa ao negar a autoria delitiva, e o defensor não indicou os fatos pertinentes que ainda precisam ser esclarecidos. 5. Recurso ordinário não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 48351/SP. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz, *DJe* 19/12/2014. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²⁹⁵ Veja-se: “Art. 189. Se houver co-réus, cada um deles será interrogado separadamente.”.

²⁹⁶ Veja-se: “Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.”.

²⁹⁷ Essa ótica é vislumbrada no julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 111567/AM. Veja-se: “HABEAS CORPUS – RÉU MILITAR – DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR AO RÉU MILITAR TRANSPORTE PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS, AINDA QUE O JUÍZO PROCESSANTE TENHA SEDE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE SITUADA A ORGANIZAÇÃO MILITAR A QUE O ACUSADO ESTEJA VINCULADO (DECRETO Nº 4.307/2002, ART. 28, N. I) – PEDIDO DEFERIDO – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAS PASSIVOS ACOMPANHAR O INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS CORRÉUS,

assentado pelo artigo 188, que o defensor do corréu terá a oportunidade de questionar o delator, o fato é que a ausência do corréu, no mínimo, diminui a carga do confronto na produção dos elementos probatórios decorrentes da delação.

4.2.4 O interrogatório por videoconferência

A questão da videoconferência, abordada em relação à prova testemunhal, também se coloca no contexto do interrogatório, já que a Lei nº 11.900/2009 incluiu, excepcional e desde que fundamentadamente, a possibilidade de o ato ser praticado dessa maneira ou com auxílio de recurso tecnológico semelhante²⁹⁸.

NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – DIREITO DE PRESENÇA E DE COMPARECIMENTO DO RÉU AOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO ‘DUE PROCESS’ – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. [...] possibilidade jurídico-constitucional de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do ‘due process of law’, ver assegurado o seu direito de formular reperguntas aos corréus no respectivo interrogatório judicial. – Assiste a cada um dos litisconsortes penais passivos o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular reperguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 111567/AM. Min. Rel. Celso de Mello, *DJe* 30/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

²⁹⁸ Veja-se: “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

- I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
- III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
- IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

Reafirma-se, aqui, o ponto de vista externado quanto ao tema no item correspondente à prova testemunhal, qual seja, o de que, se, por um lado, a ausência física do inquirido atenua o caráter de confronto no âmbito da prova, por outro, o esforço para que, diante de circunstâncias fáticas que impossibilitam a presença física do acusado, tenha-se, em alguma medida, a prática do ato com a máxima participação das partes possível – em vez de simplesmente aceitar não o praticar –, demonstra o apreço do legislador para com a ideia do confronto na esfera processual.

4.2.5 O reinterrogatório e o momento do interrogatório

Por fim, impõe-se a discussão concernente ao reinterrogatório, já que a lei processual permite ao juiz proceder, a qualquer momento, a novo interrogatório, de ofício ou a pedido fundamentado das partes²⁹⁹.

Até 2008 esse instituto era uma faculdade apenas do juiz³⁰⁰, já que, no panorama anterior, o legislador rejeitava o interrogatório como meio de defesa e o acolhia explicitamente como um meio de prova. Assim, uma vez que a repetição do ato era colocada à disposição do julgador, pode-se dizer que essa iniciativa instrutória se concentrava primordialmente no juiz, e não nas partes. E isso contribui para que se conclua pela prevalência de uma ideia *inquisitorial* de processo naquele tempo.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.”.

²⁹⁹ Veja-se: “Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.”.

³⁰⁰ Veja-se: “Art. 196. A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório.”.

Pode-se argumentar que a questão do reinterrogatório, em termos de procedimento ordinário, era razoável em um contexto no qual o interrogatório constituía o primeiro ato da instrução processual. Isso, todavia, não altera a essência do disposto.

Atualmente, com o deslocamento do interrogatório, no contexto da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, para o final da instrução³⁰¹ (em conformidade com a sua compreensão como meio de defesa), o reinterrogatório, sob o argumento citado, carece de sentido – apesar da necessidade de se ter em vista que, ao menos no que se refere à letra da lei, há procedimentos (como o procedimento especial da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006³⁰²) cujo interrogatório não se dá ao final da instrução.

De qualquer modo, à luz do parâmetro do protagonismo das partes que se utiliza neste trabalho, é de se apontar para o fato de que, se outrora apenas o juiz podia determinar nova oitiva do réu a qualquer tempo, o legislador acrescentou importância à atividade das partes ao possibilitá-las o requerimento fundamentado do reinterrogatório. Por essa lógica, portanto, nesse ponto o procedimento do interrogatório se aproximou um pouco, em comparação com o anterior, da racionalidade *adversarial*.

Em suma, não se vislumbra, no tocante à regulamentação do interrogatório, o mesmo apreço que o legislador teve com a ideia do confronto e do protagonismo das partes ao reformar com clareza a disciplina da prova testemunhal em 2008 – que atribuiu maior controle das partes sobre o seu procedimento. Essa constatação, todavia, não significa que as alterações não tenham sido relevantes nesse aspecto, até porque, como se ressaltou, o interrogatório não é, em rigor, um meio de prova.

³⁰¹ Mudança operada pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a grafia do artigo 400:

“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”.

³⁰² Veja-se: “Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.”.

4.3 A prova pericial

A prova pericial é o meio de prova pelo qual se insere a perícia no conjunto de elementos probatórios a serem valorados no processo. A perícia, por sua vez, consiste no “exame que exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos e que serve ao convencimento judicial”³⁰³. Nesse exame, os peritos, fundamentalmente, externam as suas avaliações sobre os fatos analisados mediante descrições ou interpretações. Apesar de a prova pericial não se desenvolver, ordinariamente, de modo oral, modificações recentes acerca da oitiva dos peritos e a introdução dos assistentes técnicos possibilitam que assim ela seja produzida, justificando o estudo do seu regramento neste trabalho.

O sistema processual penal pátrio indica que, em regra, as perícias devem ser realizadas por perito oficial³⁰⁴, sendo, apenas na sua falta, designados indivíduos idôneos com conhecimento técnico e que preencham os requisitos legais para essa função³⁰⁵. Ademais, o Código de Processo Penal sujeita os peritos a critérios de impedimento³⁰⁶ e suspeição³⁰⁷. Em sua natureza, portanto, a prova pericial se atrela muito mais à atividade estatal, auxiliadora do juízo e imparcial, do que às partes, que não intervêm na sua nomeação. Nesse sentido, há razoável afastamento da ideia *adversarial* de processo.

A concepção adversarial, por sua vez, adequa-se mais à noção de peritos das partes. Faz mais sentido, em relação a esse entendimento, por exemplo, um modelo de prova pericial que permita às partes introduzirem os peritos de suas escolhas e que, em um embate de peritos, aquele que se sobressair – e for capaz de convencer o julgador – vence, sendo os fatos determinados conforme eles tenham exposto em juízo.

A propósito dos quesitos, desde a criação do Código de Processo Penal vigora previsão quanto à possibilidade de serem propostos pelas partes a fim de serem respondidos

³⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. *Processo penal*, p. 434.

³⁰⁴ Veja-se: “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.”.

³⁰⁵ Veja-se: “Art. 159, § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.”.

³⁰⁶ Veja-se: “Art. 279. Não poderão ser peritos:

I – os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e IV do art. 69 do Código Penal; (grifo do original)

II – os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

III – os analfabetos e os menores de 21 anos.”.

³⁰⁷ Veja-se: “Art. 280. É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes.”.

no laudo pericial³⁰⁸. Essa possibilidade se relaciona – apesar de não impor que assim possa o sistema ser considerado – com a noção de processo *adversarial* na medida em que questionamentos são a essência do conflito. Um quesito bem respondido ou uma resposta insatisfatória são determinantes na definição retórica de um “vencedor”. A introdução, ainda que não de modo oral, da possibilidade de combater uma argumentação – mesmo que o embate não se dê de modo direto, pois os quesitos se destinam a (e devem ser respondidos por) um sujeito imparcial – é compatível com um cenário competitivo de definição dos fatos.

A respeito das modificações recentes, ressalte-se que, em sua redação original, o Código de Processo Penal não previa a possibilidade da oitiva dos peritos, o que, por si só, expressa em parte a maneira como o desenvolvimento desse meio de prova se afastava da oralidade – e, por consequência, da ideia do confronto.

A Lei nº 11.690/2008 inovou³⁰⁹, nesse sentido, ao prever a legitimidade das partes para requerer a oitiva dos peritos para esclarecimento de provas ou resposta de quesitos consoante disposição do artigo 159, § 5º, inciso I³¹⁰.

Com essa mudança, mesclaram-se à visão inicial e predominantemente *inquisitorial* desse meio de prova mais traços de confronto. Não obstante a lei determine que as questões a serem esclarecidas sejam elaboradas com antecedência – o que atenua, em certo grau, a intensidade do embate –, o fato é que responder a determinadas perguntas na presença das partes, do acusado, do ofendido e do julgador aumenta significativamente o nível de confronto existente no âmbito da produção da prova.

Além disso, a Lei nº 11.690/2008 introduziu ao âmbito da prova pericial a figura do assistente técnico³¹¹. Trata-se de profissional habilitado, cuja função é auxiliar a parte que

³⁰⁸ Veja-se: “Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.”.

³⁰⁹ Sobre o tema, Gomes Filho anota: “Uma verdadeira inovação relacionada ao contraditório diz respeito à previsão textual de ouvida dos peritos, a requerimento das partes, para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos, como consta do § 5º do art. 159, introduzido pela Lei 11.690/2008. A disposição foi reforçada, aliás, com a nova redação dada ao art. 400 do CPP pela Lei nº 11.719/2009, na qual a inquirição dos peritos é arrolada entre os atos da audiência de instrução e julgamento. Essa possibilidade, há muito sustentada pela doutrina processual penal, já era contemplada pelo art. 435 do Código de Processo Civil e visa à superação de eventuais dúvidas das partes a respeito da fundamentação ou das conclusões dos laudos periciais, propiciando assim um efetivo *controle* sobre o meio de prova, ínsito à garantia do contraditório.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 277).

³¹⁰ Veja-se: “Art. 159 [...] § 5º. Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; [...]”.

³¹¹ Veja-se: “Art. 159 [...] § 5º. “Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

o indica e contrata com o seu conhecimento específico sobre o objeto da perícia no âmbito da produção da prova³¹². Sua atuação se dá de modo semelhante à do perito, no sentido de que, de acordo com o inciso II do § 3º do artigo em foco, podem apresentar pareceres e serem inquiridos em audiência. Além disso, o § 6º do artigo 159 também indica a possibilidade de exame, pelos assistentes, do material probatório que serviu à perícia³¹³. Por fim, o § 7º alude à eventual necessidade de mais de um perito, diante da complexidade do caso, e estende essa disposição, simetricamente, aos assistentes técnicos³¹⁴.

Do exposto, extraem-se algumas conclusões. O caráter oficial da prova pericial permaneceu, o que simboliza relevante limite à eventual aproximação do sistema probatório em matéria penal brasileiro de um esquema competitivo de determinação dos fatos. Não significa, contudo, que esse movimento não existe.

A possibilidade da indicação do assistente técnico, *expert* parcial, que atua oferecendo visões e argumentos condizentes com as versões fáticas das partes que lhes contratam, introduz, na esfera pericial, um relevante grau de confronto. Questões que exigem perícias – e, portanto, são discutidas no âmbito destas – pressupõem, em suas discussões, conhecimentos específicos sobre determinados campos que usualmente refogem ao alcance dos defensores e das partes. Os debates, com a introdução do assistente técnico, intensificam-se e se aperfeiçoam. Apesar de a sua atuação ser mais restrita do que a do perito, pode-se inferir, da sua adoção, certo apreço à ideia de possibilitar às partes não só que se manifestem, mas também condições para que o façam. Na medida em que se estimula o confronto no curso do processo, por mais que sobre questões técnicas, a tendência é a do sistema se aproximar, mesmo que não plenamente, da concepção *adversarial*.

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.”.

³¹² Gomes Filho explica que, “Da mesma forma como ocorre em relação ao perito, o *assistente técnico* é pessoa dotada de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que traz ao processo informações especializadas, relacionadas ao objeto da perícia. Mas, ao contrário do perito – que é um auxiliar do juízo e por isso tem o dever de imparcialidade –, o assistente atua no interesse da parte e não está sujeito, como o perito, a impedimento ou suspeição (art. 422 do CPC, aplicável também ao processo penal).” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 278, grifo do original).

³¹³ Veja-se: “§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.”.

³¹⁴ Veja-se: “§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.”.

4.4 A acareação

A acareação, que em termos gerais pode ser definida como a confrontação de pessoas para o esclarecimento de questões relevantes sobre as quais os seus relatos discrepam³¹⁵, está presente no Código de Processo Penal, no corpo dos artigos 229³¹⁶ e 230³¹⁷. É instituto, na prática, de pouca aplicabilidade³¹⁸, mas uma vez que esta dissertação se dedica ao estudo com ênfase na regulamentação, impõe-se mencioná-lo.

A sua espinha dorsal é plenamente compatível com um sistema no qual se define os fatos por meio da disputa. No que tange ao confronto, inclusive, o conceito proposto neste trabalho³¹⁹ consiste no fato de que um dos seus elementos é a presença física daqueles que conflitam, e o vínculo psicológico que dela resulta é exatamente o que Camargo Aranha determina como o fundamento da acareação³²⁰.

Nesse sentido, ressalta Badaró, a previsão da acareação entre ausentes consubstanciada no artigo 230 desnatura o instituto, afastando a ideia de confronto pressuposta³²¹.

³¹⁵ Badaró esclarece que “A acareação consiste em colocar duas ou mais pessoas, sejam elas acusadas, vítimas ou testemunhas, em presença uma da outra, para que esclareçam pontos controvertidos de seus depoimentos, sobre fatos ou circunstâncias relevantes para a solução da causa. Em última análise, trata-se de colocar duas pessoas frente a frente para verificar quem falou a verdade e quem errou ou mentiu.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 474).

³¹⁶ Veja-se: “Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes. Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.”

³¹⁷ Veja-se: “Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.”

³¹⁸ A esse respeito, Badaró diz: “Normalmente, a acareação não dá o resultado esperado. Se o acareado estava de má-fé, tendo mentido deliberadamente, dificilmente modificará sua narrativa.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, p. 476).

³¹⁹ Veja-se item 1.4 desta dissertação.

³²⁰ ARANHA, Adalberto José T. Q. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 107.

³²¹ Nesse caso, “Se a acareação verdadeira, entre presentes, é de utilidade escassa, no confronto, seja por precatória, seja por videoconferência, como as pessoas são ouvidas separadamente, fatalmente manterão seus depoimentos originais. O fator fundamental da acareação é o vínculo psicológico resultante da presença, frente a frente, das pessoas cujos depoimentos foram conflitantes.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, loc. cit.).

Ademais, destaca-se o método de questionamento que a legislação determina no campo da acareação. Como dispõe o parágrafo único do artigo 229, os acareados serão reperguntados, o que implica dizer que, a despeito de a ideia central da acareação ser estritamente ligada à do confronto, a legislação determina o protagonismo do juiz na sua aplicação. Portanto, ao se pretender identificar tendências em termos *inquisitoriais* ou *adversariais*, não se pode ignorar essa circunstância.

A Lei nº 11.900/2009, por sua vez, no contexto da inserção da videoconferência na prática de atos processuais, estendeu, mediante o artigo 185, § 8º, a possibilidade da realização da acareação por videoconferência³²². O comentário pertinente a essa modificação é o mesmo que se fez sobre a acareação entre ausentes, qual seja, o de que a acareação por videoconferência é incompatível com o espírito do instituto, já que exclui a presença física dos divergentes.

4.5 O Tribunal do Júri

A disciplina do Tribunal do Júri guarda determinadas particularidades relativamente aos outros procedimentos de julgamento em matéria penal. Delineado, nos termos da Constituição Federal, para o julgamento de crimes dolosos contra a vida³²³, em seu procedimento a palavra final quanto ao mérito é resultante da decisão conjunta de um Conselho de Sentença composto por sete jurados leigos, não obstante conte com a presença e a atuação de um juiz de direito togado, especializado, que preenche os requisitos constitucionais para o exercício da jurisdição.

Diferentemente das decisões concernentes aos demais procedimentos, a votação proferida pelos jurados, além de secreta, não é motivada. Apesar de a legislação, quanto ao recurso de apelação cabível, estipular limites relativos ao livre convencimento dos jurados e

³²² Veja-se: “§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.”

³²³ Veja-se: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...]”.

se inclinar ao livre convencimento motivado³²⁴, o fato é que, com efeito, perde-se quase plenamente a capacidade de controle judicial das razões que conduzem o jurado a decidir em determinado sentido.

Além disso, a reconstrução histórica do surgimento de uma concepção *adversarial* em matéria penal revela a sua estreita ligação com o julgamento nos moldes do júri³²⁵. Por essas e outras razões, é possível vislumbrar no Tribunal do Júri um aspecto, se não pleno, muito mais tendente ao confronto³²⁶ do que em outros procedimentos, decididos motivadamente por juízes togados. Essa situação pode ser melhor compreendida mediante análise da regulamentação da produção da prova em plenário, que em geral se dá com oralidade mais intensa do que em outros procedimentos, implicando significantes diferenças relativamente ao até aqui já estudado.

Faz-se a ressalva de que o procedimento do Tribunal do Júri se divide em duas fases – o juízo de acusação e o juízo de formação de culpa. A primeira não possui, em termos de produção da prova, peculiaridades que justifiquem o seu estudo nesta dissertação, motivo pelo qual o item a seguir analisa apenas as questões concernentes à produção da prova em plenário.

³²⁴ A Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, regulamentou, no corpo do Código de Processo Penal, as hipóteses de apelação. Sobre o mérito da decisão dos jurados, há apenas uma hipótese de revisão da decisão, que é quando ela for manifestamente contrária à prova dos autos. Nota-se que é uma hipótese bastante restrita, mas que demonstra certa preocupação ou ao menos orientação do legislador quanto à necessidade de que haja certa racionalidade na formação do convencimento do julgador. De qualquer modo, a lei restringe ainda mais essa hipótese de revisão ao determinar que, com esse fundamento, a reforma de decisão consiste em submeter o réu a um novo julgamento no Tribunal do Júri, não podendo, a nova sentença, ser objeto de recurso de apelação pelo mesmo fundamento:

“Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias.

[...]

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:

[...]

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

[...]

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

[...]”.

³²⁵ Veja-se Capítulo 2 desta dissertação.

³²⁶ Para análise da afinidade entre o processo *adversarial* e o processo delineado nos moldes do Tribunal do Júri, veja-se item 1.1.2 desta dissertação.

4.5.1 O Tribunal do Júri e a prova testemunhal

A produção da prova testemunhal em plenário, conforme o modelo originariamente estabelecido pelo Código de Processo Penal, diferenciava-se de modo considerável do definido em relação ao procedimento ordinário.

O regramento do júri dispunha, até 2008, que a prova testemunhal, praticada após o interrogatório, desenvolvia-se pela inquirição, primeiro das testemunhas de acusação, depois das de defesa. No caso das primeiras, começava-se a inquirição pelo juiz e, sucessivamente, passava-se a palavra ao acusador, ao assistente, ao advogado de defesa e aos jurados que o quisessem³²⁷. No questionamento das testemunhas de defesa, a ordem se iniciava pelo juiz, seguido pelo advogado do réu, pelo acusador particular, pelo promotor, pelo assistente e pelos jurados que o quisessem³²⁸.

A propósito da forma de inquirição, apesar de não haver explícita indicação de que a testemunha devia ser inquirida diretamente, na praxe forense, essa foi a interpretação que se deu aos dispositivos, em flagrante descompasso em relação ao antigo regramento da produção da prova testemunhal no procedimento ordinário. Neste caso, a inquirição se dava de modo indireto, por meio de reperguntas ao juiz, o que incorria, pelas razões anteriormente expostas, em certo desprestígio do legislador a respeito da ideia de uma determinação competitiva dos fatos. No campo da produção da prova testemunhal em plenário, todavia, com a interpretação de que devia ser realizada a inquirição direta das testemunhas pelas partes, o procedimento incorporou um nível de embate maior.

No que se refere à ordem das inquirições, como se observou, apesar de, tanto no caso das testemunhas de defesa quanto no das de acusação, o juiz iniciá-las, havia diferença acerca dos que deveriam sucedê-lo imediatamente nessa função.

É importante observar as ordens estabelecidas pelo legislador de 1941 porque, apesar de a inquirição direta favorecer e introduzir doses de confronto à produção da prova, não demonstra ser a ordem escolhida a mais compatível com essa ideia. Em se partindo da noção de protagonismo das partes que ao sistema *adversarial* é inerente, permitir às partes

³²⁷ Veja-se: “Art. 467. Terminado o relatório, o juiz, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de acusação.”

³²⁸ Veja-se: Art. 468. Ouvidas as testemunhas de acusação, o juiz, o advogado do réu, o acusador particular, o promotor, o assistente e os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de defesa.”

realizar a primeira inquirição das testemunhas cujas informações supostamente lhes sejam úteis mostra-se mais adequado, já que, sob essa ótica, a prova se destina a sustentar a tese daquele que a introduz. Ao se romper essa lógica e, mais do que isso, permitir que outro em vez das partes inicie a inquirição das testemunhas por elas trazidas, prevalece a noção de não se lhes atribuir plenamente a gestão probatória.

Assim, no que diz respeito à produção da prova testemunhal, a redação original do Código de Processo Penal estabeleceu, para a instrução em plenário, uma racionalidade, quanto à forma de inquirição, muito mais próxima do sistema *adversarial* do que o definido no procedimento ordinário. No entanto, no que toca à ordem de inquirição, prevaleceu o pensamento centrado no julgador.

A Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que revogou os dispositivos concernentes ao procedimento do Tribunal do Júri, regulamentou a produção da prova testemunhal em plenário pelo artigo 473³²⁹. Substancialmente, pouco mudou. A ordem da inquirição das testemunhas se manteve, assim como o fato de a oitiva do ofendido se dar no momento imediatamente anterior ao da oitiva das testemunhas e o modo direto de questionamento das testemunhas – embora estes não estivessem expressamente delineados pela lei original.

A alteração mais substancial consistiu no texto do § 2º, que dispôs sobre os questionamentos feitos pelos jurados. Badaró elucida que, apesar de o panorama anterior não prever essa possibilidade, na praxe os jurados inquiriam diretamente as testemunhas³³⁰. A legislação de 2008, diante disso, firmou posição no sentido de que os jurados poderiam questionar os inquiridos, mas de modo indireto, por intermédio do juiz presidente. Em termos de direito ao confronto, essa mudança não representou aumento ou decréscimo do protagonismo das partes na produção da prova.

³²⁹ Veja-se: “Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.”

³³⁰ Badaró lembra que “No regime anterior não havia regra expressa disciplinando a oitiva de testemunhas pelos jurados, mas se entendia que eles podiam formular perguntas diretamente às testemunhas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 172).

Por fim, optou-se, por questões metodológicas, pela análise do § 3º do artigo 473, que representou significativa modificação no campo da produção da prova como um todo perante o Tribunal do Júri, no item 4.5.3 desta dissertação.

4.5.2 O Tribunal do Júri e o interrogatório

Em sua redação original, o Código de Processo Penal determinava a prática do interrogatório em plenário em momento anterior ao da oitiva das testemunhas e espelhava o seu regramento no dado atinente ao procedimento ordinário³³¹. Por conseguinte, na instrução em plenário não havia previsão para que as partes fizessem perguntas ao acusado.

Assim, em geral, os comentários acerca dos aspectos predominantemente *inquisitoriais* vislumbrados na disciplina do interrogatório em plenário até 2008 são os mesmos que se pode tecer no tocante ao regramento originário do Código de Processo Penal relativamente ao interrogatório no procedimento ordinário.

A Lei nº 11.689/2008, por sua vez, alterou todo o regramento do Tribunal do Júri. A propósito do interrogatório em plenário, foi mantida a referência à forma prevista no procedimento ordinário³³² e determinada a inquirição do acusado mediante perguntas diretas, na ordem de primeiro o juiz presidente, depois o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor³³³, seguidos pela possibilidade de os jurados, por intermédio do juiz presidente, formularem perguntas ao acusado³³⁴. Ademais, o momento do interrogatório foi deslocado para o final da instrução e se vedou a utilização de algemas no réu durante a sua permanência em plenário, salvo se absolutamente necessário³³⁵.

³³¹ A redação estabelecia: “Art. 465. Em seguida, o presidente interrogará o réu pela forma estabelecida no Livro I, Título VII, Capítulo III, no que for aplicável.”.

³³² Veja-se a nova redação: “Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.”.

³³³ Veja-se § 1º do artigo 474: “O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.”.

³³⁴ Veja-se § 2º do artigo 474: “Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.”.

³³⁵ Veja-se § 3º do artigo 474: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”.

Da inovação que determinou o questionamento do acusado por perguntas diretas³³⁶, destaca-se que o incremento em termos de combatividade se deu sob dois aspectos: (1) em razão de possibilitar às partes a participação no ato instrutório; e (2) ao permitir que elas o fizessem de modo direto, sem a interferência do juiz por reperguntas.

A transferência do interrogatório para o final da instrução, por sua vez, como também já argumentado, coaduna-se com a ideia do interrogatório como meio de defesa e, apenas acidentalmente, como meio de prova³³⁷. E se destaca que essa concepção possui estreita ligação com a ideia de “disputa justa” intrínseca ao conceito de processo *adversarial*, que é contrária à imposição do fornecimento de elementos probatórios contra si e que pressupõe o tratamento das partes como sujeitos, e não como objetos.

Ainda no tocante à “disputa justa”, pode-se associá-la à proibição da utilização de algemas³³⁸. Assim, se o Tribunal do Júri detém intenso aspecto combativo, é fundamental que se retire, do âmbito do processo – e, portanto, também do momento da produção da prova –, elementos que possam, de maneira injusta, influenciar o julgador e que não se

³³⁶ No que tange à inovação da forma de questionamento do acusado em plenário, veja-se: “O dispositivo constitui verdadeira inovação quanto ao interrogatório do acusado. Não havia disciplina específica para o interrogatório no plenário do júri, limitando-se o art. 645 do CPP a estabelecer que o juiz presidente interrogará o ‘réu pela forma estabelecida no Livro I, Título VII, Capítulo III, no que for aplicável’. A necessidade de nova disciplina explica-se em razão da alteração que a Lei 10.792, de 01.12.2003, provocou na disciplina do interrogatório. Assim, buscando harmonizar o interrogatório da sessão do júri com o novo interrogatório do CPP, em especial no que concerne à possibilidade de as partes formularem perguntas ao acusado, o dispositivo passou a prever a ordem de formulação das perguntas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 181).

³³⁷ Diz-se isso com ressalvas, pois, para alguns, no caso do Tribunal do Júri, o interrogatório, como meio de defesa, possui eficiência muito maior caso seja praticado antes da oitiva das testemunhas: “A busca por coerência não foi a melhor opção. Apenas na sessão de julgamento do Tribunal do Júri o interrogatório do acusado deveria ser realizado antes da oitiva das testemunhas. A razão para esta aparente contradição é permitir que o Ministério Público, o juiz e os jurados tenham conhecimento da defesa – no caso, da autodefesa – antes do início da prova acusatória. Somente assim será possível que as defesas arguidas pelo acusado sejam objeto de prova oral em plenário. Ora, não se pode esquecer que, além do juiz e das partes, também os jurados poderão inquirir as testemunhas. Como poderão buscar esclarecimentos relevantes sobre os fatos se não sabem sequer qual é a tese defensiva? Melhor seria que os jurados, na própria sessão, tivessem conhecimento da imputação e da tese de defesa, antes do início da oitiva das testemunhas. Com a realização do interrogatório, o juiz cientificará o acusado da acusação, dela dando conhecimento também aos jurados, podendo o acusado apontar a tese defensiva. Somente após tal momento é que se deveria passar à prova oral. Ao mais, não se pode esquecer que o interrogatório do acusado será fonte para a elaboração dos quesitos, nos termos do novo parágrafo único do art. 482 do CPP. Aliás, deverá ser quesitada até mesmo uma tese defensiva arguida apenas pelo acusado, em sua autodefesa, ainda que não sustentada, em plenário, por seu advogado. Neste caso, sendo o interrogatório realizado após a produção da prova testemunhal, será impossível provar a tese defensiva ventilada apenas no interrogatório, posto que a prova oral já estará encerrada. Por todos esses motivos, seria melhor que, na sessão de julgamento, o interrogatório – como momento máximo da autodefesa realizada *coram iudicem* – precedesse a colheita da prova testemunhal.” (ibidem, p. 179-180).

³³⁸ É inegável que o objetivo primordial do legislador, com essa disposição, tenha sido o de preservar a dignidade do acusado, todavia, a consequência que logicamente se extrai em termos de sistema processual é factível, embora não se possa afirmar que estava necessariamente entre as intenções primordiais do legislador.

relacionem diretamente com o embate racional que se pretende produzir, de modo que apenas este seja determinante na formação da convicção dos julgadores. Em reforço à assertiva de que o uso de algemas estigmatiza, de modo injusto, o indivíduo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11³³⁹, restringindo a sua utilização a hipóteses estritamente necessárias. Nesse ponto, portanto, identifica-se outro elemento que liga a regulamentação do sistema processual penal brasileiro à ideia *adversarial*.

4.5.3 O Tribunal do Júri e a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas, o esclarecimento dos peritos e a leitura de peças

A redação do Código de Processo Penal brasileiro, que originariamente previa apenas a possibilidade da acareação entre testemunhas em plenário³⁴⁰, passou a dispor, após 2008, no corpo do artigo 473, § 3º³⁴¹, sobre a possibilidade da acareação, do reconhecimento de pessoas e coisas e da oitiva dos peritos.

Além disso, o dispositivo legal determinou a possibilidade do requerimento da leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis. Badaró assinala que, pautada por uma interpretação *a contrario sensu*, a legislação vedou – com essas exceções ressalvadas – a utilização de elementos de convicção que não tivessem sido produzidos em plenário³⁴². O

³³⁹ A Súmula tem o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

³⁴⁰ Veja-se: “Art. 470. Quando duas ou mais testemunhas divergirem sobre pontos essenciais da causa, proceder-se-á de acordo com o disposto no art. 229, parágrafo único.”.

³⁴¹ Veja-se: “§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.”.

³⁴² A propósito, Badaró comenta: “Uma mudança radical da reforma do Tribunal do Júri, a partir de uma interpretação *contrario sensu* do novo § 3º do art. 473, consiste na impossibilidade de utilização, na sessão de julgamento, das provas produzidas no inquérito policial ou mesmo no *iudicium accusationis*, com exceção das provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 173).

autor ainda observa que, sob o regramento anterior, comumente apenas se liam em plenário os testemunhos produzidos em momentos anteriores³⁴³.

Note-se, a esse respeito, que a sistemática instituída não acolhe, inclusive, os elementos produzidos no juízo de acusação –, no caso, realizado na presença de juiz de direito togado³⁴⁴.

Assim, a determinação, como regra, da obrigatória produção da prova em plenário, bem como a atribuição, às partes, para requerer acareações, reconhecimentos e oitiva de peritos no campo do Tribunal do Júri, resulta, inexoravelmente, em prestígio aos princípios da oralidade, da imediação e da ideia de concentração procedimental. Estes, já se demonstrou, ligam-se estreitamente ao conceito de confronto no âmbito processual e, portanto, aproximam o Tribunal do Júri, nesse ponto, de uma sistemática *adversarial*, transferindo mais protagonismo à atuação das partes.

4.6 A colaboração premiada e a produção da prova oral

A colaboração premiada possui determinadas peculiaridades que tornam a sua análise em item próprio necessária. Além de, em termos práticos, nos últimos anos ter se destacado muito no enfrentamento ao crime organizado e à corrupção, o seu estudo se justifica uma vez que um dos seus desdobramentos é a oitiva do colaborador como meio de prova, ocorrida de modo oral.

³⁴³ E completa: “Na sistemática originária do CPP, muitas vezes os jurados analisavam a prova com base apenas na leitura que a acusação e a defesa faziam dos testemunhos produzidos anteriormente, sem que as testemunhas fossem ouvidas na sua presença.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, p. 173-174).

³⁴⁴ Sobre o tema, Badaró assim se manifesta: “Mais complexa, contudo, é a questão relativa à impossibilidade de leitura dos meios de prova produzidos no *iudiciom accusationis*. Tais provas foram produzidas perante o juiz, sob o crivo do contraditório, com plena possibilidade de as partes indagarem as testemunhas, o que poderia sugerir que não haveria problema em admitir a sua leitura em plenário. Porém, não foram produzidas perante o juiz natural para o julgamento do fato, isto é, o Conselho de Sentença. Mais do que isso, diante da possibilidade agora expressa, de os jurados fazerem perguntas às testemunhas (CPP, art. 473, § 2º), a simples leitura da peça poderia gerar dúvida no espírito dos jurados, que facilmente seria resolvida pela formulação de uma pergunta complementar à testemunha ou ao ofendido. E nada disso seria possível, ao se admitir a simples leitura do depoimento anterior” (ibidem, p. 175-176).

Inicialmente, é preciso que se diferencie a delação³⁴⁵ – ou chamamento ao corrêu – da colaboração premiada.

A delação, por si só, consiste no ato de um réu, simultaneamente à sua confissão, também atribuir a outrem a autoria delitiva relativa ao crime confessado. Parte da doutrina considera importante, para que se caracterize a delação, a ocorrência de confissão, pois, sem esta, o referido apontamento consistiria apenas em meio de defesa³⁴⁶.

A lei prevê hipóteses em que a delação pode acarretar benefícios ao acusado que a realiza³⁴⁷. Esses benefícios, dentre muitos, relacionam-se à diminuição do *quantum* da pena aplicada, à substituição da pena privativa de liberdade por pena privativa de direitos, à concessão de perdão judicial ou, até mesmo, ao não oferecimento, pelo órgão acusador, da ação penal³⁴⁸. Nesses casos, fala-se em colaboração premiada.

A colaboração premiada é, em sua essência, um fenômeno complexo³⁴⁹. Vinícius Gomes de Vasconcellos ressalta, em obra dedicada ao tema, que a doutrina pátria, até a criação da Lei nº 12.850/2013, tendia a associá-la a um fenômeno de direito material pelo fato de a legislação regulamentadora do tema basicamente se limitar à previsão dos benefícios de ordem penal material, não atentando nos aspectos procedimentais da colaboração. A referida lei, todavia, alterou esse panorama ao se dedicar, se não exclusivamente, ao menos de maneira extensiva, à regulamentação de matéria processual, o que, por consequência, acarretou na introdução de espaços de não obrigatoriedade e de benefícios concedidos em decorrência da lógica procedimental³⁵⁰.

³⁴⁵ A delação foi especificamente abordada no item 4.2.3 desta dissertação.

³⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 450.

³⁴⁷ Como exemplos, têm-se (1) o artigo 25 da Lei nº 7.492/1986; (2) o artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998; (3) os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999; (4) o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; e, por fim, (5) os dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.850/2013.

³⁴⁸ Lei nº 12.850/2013: “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]”

§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

³⁴⁹ Veja-se: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 188-195.

³⁵⁰ Vasconcellos esclarece: “Isso ocorreu em razão da postura adotada pelo legislador brasileiro no sentido de prever o instituto, seus requisitos e consequências, mas não o seu procedimento em caráter processual. [...] Entretanto, tal cenário foi profundamente alterado pela Lei 12.850/13, diploma normativo que trata, quase que exclusivamente, de matéria processual, introduzindo espaços de não obrigatoriedade (como o art. 4º, § 4º) e benefícios concedidos a partir da lógica de direito adjetivo, além de um regramento mais detalhado do

Em suma, embora a colaboração premiada tenha consequências de abrangência penal, ela é essencialmente de natureza processual, já que tem por objetivo abdicar da resistência do acusado e, de forma simultânea, com a sua adesão, fortalecer a persecução penal em termos de investigação e de reunião de elementos probatórios. Esse é o posicionamento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal³⁵¹ e por parcela considerável da doutrina³⁵².

procedimento a ser adotado.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017. p. 54).

³⁵¹ Veja-se decisão paradigmática sobre o tema proferida em plenário. “Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração – notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador –, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. [...] 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). [...] 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. HC 127.483/PR. Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 27/8/2015, Processo Eletrônico DJe-021 Divulg 03-02-2016, Public 04-02-2016).

³⁵² Sobre esse aspecto, vejam-se VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Op. cit., p. 55-56; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, p. 1-38, 2013, p. 4; BONFIM, Daniela; DIDIER JUNIOR, Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 192-195; e VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 111-112.

A determinação da natureza jurídica da colaboração premiada, sob a ótica da terminologia das provas³⁵³, é tarefa complexa. Badaró alerta para a insuficiência dos conceitos clássicos para lidar com o tema³⁵⁴. O fato é que, de modo geral, a jurisprudência e a doutrina consideram a colaboração, no seu aspecto de acordo, de negócio jurídico processual, como meio de obtenção de prova³⁵⁵, consistente em um método de investigação. No entanto, a colaboração premiada também pode resultar na introdução de elementos probatórios no âmbito do processo. Nesse aspecto, que se dá mediante a oitiva do colaborador, constitui meio de prova³⁵⁶, não se confundindo, todavia, com o acordo em si³⁵⁷.

³⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 303-318.

³⁵⁴ O autor sustenta: “Diante dessa insuficiência dos dois posicionamentos puros, fatalmente surge uma posição mista, eclética ou conciliatória que, no mais das vezes, não resolve o problema, quando não ocorre o pior: cria problemas adicionais. [...] Em suma, não é possível extrair do regime jurídico dado à colaboração premiada uma conclusão segura e, sobretudo, praticamente útil, em classificar a colaboração premiada exclusivamente como um meio de prova, ou apenas como meio de obtenção de prova.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada como meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Colaboração premiada*, p. 136-137).

³⁵⁵ Gomes Filho explica: “Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo) [...] Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca di prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas, etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). Op. cit., p. 309, grifo do original).

³⁵⁶ Esclarece-se que “Outra coisa são os denominados *meios* de prova, ou seja, os *instrumentos* ou *atividades* por intermédio dos quais os dados probatórios (*elementos* de prova) são introduzidos e fixados no processo (*produção* de prova). São, em síntese, os *canais de informação* de que se serve o juiz. Assim, quando se fala em *prova por testemunha* ou *prova documental*, indica-se que a representação do fato foi conseguida *por meio* do testemunho ou do documento.” (ibidem, p. 308-309, grifo do original).

³⁵⁷ Bechara explica: “Quando a colaboração é acordada entre o Ministério Público e o colaborador, devidamente assistido por seu advogado, e homologada pelo juiz, tem-se que a palavra do colaborador constitui tão somente um elemento de informação, por ausência de imediação do juiz e do contraditório na coleta do depoimento. Diferentemente da situação em que se reproduz judicialmente no contraditório das partes o depoimento do colaborador em relação a fatos imputados a terceira pessoas, hipótese em que a palavra do colaborador assume a natureza de meio de prova.” (BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 269, p. 6-7, abr. 2015, p. 7).

A lei estabelece que o colaborador, em sua oitiva, deverá renunciar ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade³⁵⁸. À primeira vista, portanto, o ato assemelha-se à prova testemunhal³⁵⁹.

No entanto, há ampla divergência a respeito do tratamento que se deve dar ao colaborador. A sua caracterização como testemunha³⁶⁰ se obstaculiza com a constatação do seu interesse no objeto do processo³⁶¹ e da insuficiência do seu relato para fundamentar, sem corroboração, uma condenação³⁶².

Para processos alheios, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pelo colaborador poder figurar como testemunha³⁶³. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, proferiu decisões segundo as quais o colaborador deve ser tratado como informante³⁶⁴.

³⁵⁸ Lei nº 12.850/2013, art. 4º: “§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”.

³⁵⁹ Tecnicamente, a doutrina separa em dois elementos a delação. No primeiro deles, há apenas confissão. É do segundo segmento, em que se aponta outro indivíduo como coautor ou partícipe, que se trata neste ponto. Sobre o tema, veja-se BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 450-451.

³⁶⁰ A propósito, Bechara explica: “Na hipótese de afirmação da responsabilidade penal do delatado, a palavra do colaborador, ainda que a sua natureza seja de prova testemunhal, não possui pleno valor probatório e não pode se qualificar como o único meio de prova ou o fator determinante de uma condenação, sendo indispensável a existência de outros meios de prova.” (BECHARA, Fábio Ramazzini. *Colaboração processual: legalidade e valor probatório. Boletim IBCCRIM*, v. 23, n. 269, p. 7).

³⁶¹ Ainda, assevera Pereira, “Outra inferência da particular tipicidade da delação está em dizer que o delator não deve, e não pode, submeter-se ao compromisso legal de dizer a verdade sob a pena de crime de falso testemunho: não porque tenha o direito constitucional ao silêncio, uma vez que renunciou a ele expressamente ao fazer a opção pelos benefícios da colaboração premiada, que exige do beneficiário a confissão integral de todos os fatos de que participou, mas, sim, por ser sujeito interessado no objeto do processo. O regime processual do colaborador deve ser concebido tendo em conta sua natureza peculiar em relação aos sujeitos que tradicionalmente depõem no procedimento penal, figurando em posição intermediária entre o exame testemunhal e o interrogatório do réu.” (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, p. 198-199).

³⁶² Lei nº 12.850/2013, artigo 4º: “§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”.

³⁶³ Transcreve-se o seguinte excerto da decisão: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ‘LAVA-JATO’. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE ACESSO À INTEGRALIDADE DOS TERMOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. RESGUARDO DE INVESTIGAÇÕES AINDA EM CURSO. DEPOIMENTO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS, UM COLABORADOR E OUTRO NÃO. POSSIBILIDADE DE INQUIRÇÃO DO COLABORADOR. PREVISÃO LEGAL. TERCEIROS ACUSADOS EM PROCESSO DIVERSO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] II – O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal. III – No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. RHC 67.493/PR. Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 02.05.2016. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

³⁶⁴ Consoante excertos de decisões reproduzidos a seguir: “AÇÃO PENAL. TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM. CO-RÉUS COLABORADORES. DENÚNCIA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO.

A polêmica da visão do colaborador como informante reside na já citada imposição que a lei lhe faz de assumir o compromisso de dizer a verdade, o que seria suficiente para descartar a referida classificação.

Diante do impasse do interesse no processo afastar o colaborador da natureza de testemunha e da impossibilidade de categorizá-lo como informante pela sua obrigação de dizer a verdade, Vinicius Vasconcellos propõe a classificação do colaborador em categoria própria³⁶⁵.

Em razão dessas incertezas, não havendo expressa indicação legislativa regulamentando o devido tratamento, a produção da prova oral resultante da colaboração

DESMEMBRAMENTO DO FEITO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA OS RÉUS NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO ORIGINÁRIO. INCONVENIÊNCIA DA REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO. MANUTENÇÃO DO FEITO NO JUÍZO DE ORIGEM. ARROLAMENTO DOS CO-RÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DOS DEPOIMENTOS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. VIABILIDADE. RESPEITO AOS DITAMES LEGAIS E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA AFASTAR A QUALIDADE DE TESTEMUNHAS E MANTER A OITIVA DOS CO-RÉUS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. [...] 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como prevêem os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP-QO3 470. Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018); e “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. DEPOIMENTO DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. PRECLUSÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. [...] “V – O precedente mencionado – 7º AgR na AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa – não ampara a pretensão formulada no writ, pois nele ficou assente que ‘o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corréu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999’. VI – Ficou expresso nas instâncias ordinárias que os corréus não foram considerados como delatores. VII – Writ que não pode ser admitido como sucedâneo de revisão criminal, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, o que não é o caso dos autos. VIII – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (idem. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. RHC 116108. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/10/2013, Processo Eletrônico DJe-206. Divulg. 16-10-2013, Public. 17-10-2013. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018).

³⁶⁵ O autor pondera: “Diante de tais problematizações, percebe-se que o *colaborador deve ser analisado no processo penal como categoria própria*, pois não se encaixa adequadamente como testemunha (por ter interesse no caso) ou informante (por prestar o compromisso de veracidade). Embora parte da doutrina sustente uma classificação da situação do delator conforme o grau de relação com o fato objeto do processo em que ele preste o depoimento, a sua atuação em qualquer hipótese, é determinada pelo acordo firmado como poder estatal, em troca de um benefício se cumpridos os termos homologados, de modo que seu status deve ser sempre de ‘colaborador’, impondo a necessidade da regra de corroboração e a fragilização de sua confiabilidade na valoração do lastro probatório.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*, p. 68-69).

premiada torna-se relativamente nebulosa. Questionamentos acerca do momento da persecução e do procedimento conforme o qual a oitiva do delator deve dar-se geram consideráveis indagações, e a lei não as responde.

Uma das poucas unanimidades sobre o tema diz respeito à oitiva do colaborador, como meio de prova, só poder dar-se após a homologação do acordo. Desse ponto em diante, surgem dúvidas, por exemplo, sobre a possibilidade desse depoimento poder ser colhido antes do recebimento da denúncia – predominando o entendimento de, em resguardo ao direito de defesa dos futuramente acusados, não bastar a simples ratificação ou a utilização dessa oitiva como prova, devendo o depoimento do colaborador, exceto nas restritas hipóteses em que a lei autoriza o contraditório diferido, submeter-se ao contraditório pleno, que satisfaz os elementos do direito ao confronto³⁶⁶.

Outra questão que no mais das vezes demanda esclarecimento diz respeito ao momento exato, no cerne da produção da prova, em que a oitiva do colaborador deve ser realizada. As reformas da lei processual penal de 2008 deslocaram o interrogatório para o final da instrução, de modo a potencializar o caráter de defesa do ato. Incertezas emergem na medida em que, por um lado, se as declarações do colaborador forem tomadas como se interrogatório fossem, as possibilidades de defesa dos delatados serão diminuídas, já que as suas oportunidades de produzir outras provas ocorrem em momento anterior. Por outro lado, oferecer à oitiva do colaborador tratamento de meio de prova fere o seu próprio direito de defesa, pois este atinge a sua máxima potencialidade quando exercido ao final da produção das provas³⁶⁷.

A solução mais razoável, defende Vasconcellos, mostra-se ser a de que o colaborador deve depor antes da produção de provas, em incidente processual específico, sujeito proceduralmente, em linhas gerais³⁶⁸, ao regime da prova testemunhal, e sem

³⁶⁶ Pereira elucida: “No caso de colaboração probatória, a ser utilizada como elemento de prova pelo órgão de acusação no processo penal, o procedimento frente ao colaborador também deveria ficar suspenso, conforme autorização legal, até a confirmação do seu depoimento judicial, sendo óbvio que as declarações do colaborador deverão ser reproduzidas em juízo sob o crivo do contraditório garantido aos delatados, e somente neste caso o arrependido poderá cogitar do benefício máximo do perdão judicial, o qual será apreciado pelo juiz na sentença.” (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, p. 139-140). No mesmo sentido, veja-se VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*, p. 192-194.

³⁶⁷ Para discussão sobre o tema, vejam-se PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p. 198-201; e BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 15-16, jul. 2017. passim.

³⁶⁸ Afirma-se em linhas gerais porque a legislação estabelece valoração distinta às informações trazidas pelo colaborador, assentando a necessidade de corroboração do seu relato. A propósito, o § 16 do artigo 4º da Lei

prejuízo da sua manifestação posterior, com – e apenas com – natureza de interrogatório, ou seja, para se defender³⁶⁹.

As respostas oferecidas às principais indagações que circundam a colaboração premiada provêm, como se verifica, da doutrina e da jurisprudência. A regulamentação desse tema, pela legislação, é consideravelmente superficial, e há pouco começou-se, casuisticamente, o debruçamento sobre essas questões. Por conseguinte, quanto ao específico tema da oitiva do colaborador, pouco se pode inferir, na atual conjuntura, sobre eventual aproximação ou não do sistema processual penal brasileiro, em termos de regulamentação da produção da prova oral, de um sistema processual penal *adversarial*.

4.7 A prova emprestada e o direito ao confronto

Questão que pode suscitar dúvida no que se refere à acepção do confronto na produção da prova oral é o tema da prova emprestada. Apesar de este trabalho ter como paradigma de análise a legislação processual, e de a disciplina da prova emprestada em matéria penal não possuir regulamentação, optou-se por comentar de modo sucinto o tema no que é pertinente à consecução do objetivo final do estudo. Primeiro, porque, de certa maneira, o assunto interfere na produção da prova como um todo; segundo, e talvez o aspecto que dê mais relevância à prova emprestada, porque, na legislação projetada atualmente em trâmite no Congresso Nacional, o tema está regulamentado.

nº 12.850/2013 enuncia: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”.

³⁶⁹ O autor elucida. “Nos casos em que for ouvido no próprio processo em que é acusado, se a oitiva do delator ocorrer somente ao final do processo, ainda que antes dos demais imputados, haverá prejuízo às suas defesas, pois se dificultaria a produção de provas em sentido contrário, comprometendo o contraditório sobre o depoimento do colaborador. Logo, colocam-se duas opções: 1) prolongar a instrução probatória, por meio da hipótese de novas diligências (arts. 402 e 404, CPP), autorizando a indicação de novas provas pelos imputados incriminados, além de seus reinterrogatórios posteriores; ou 2) antecipar a oitiva do colaborador para o início da audiência de instrução e julgamento, de modo a manter toda a posterior produção de provas. Pensa-se que a segunda opção é preferível, pois possibilita uma maior efetividade ao contraditório e ao direito à prova dos corréus delatados. Tal *oitiva antecipada poder-se-ia realizar em incidente processual*, em audiência marcada para esse fim, com a intimação dos demais interessados. [...] Contudo, para que se respeite o direito de defesa do colaborador, ao final do procedimento, deve haver *nova possibilidade de manifestação*, agora com seu interrogatório em viés de manifestação do direito de defesa pessoal, sem a possibilidade de incriminação de terceiros” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*, p. 196-197).

A prova emprestada, que consiste na utilização, em um processo, dos elementos de convicção produzidos em outro³⁷⁰, resulta, no direito brasileiro, de criação doutrinária e jurisprudencial³⁷¹.

Em linhas gerais, sem a pretensão de esgotar o tema, admitem-se quatro requisitos para a produção da prova emprestada, isto é, que: (1) a prova do primeiro processo seja produzida perante um juiz natural; (2) a prova do primeiro processo tenha sido produzida com a possibilidade da participação da parte contra quem se pretende utilizar a prova transladada no segundo; (3) o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; e (4) o âmbito de cognição dos dois processos seja o mesmo. Para além disso, exige-se, como corolário lógico, que a prova do primeiro processo seja transladada em sua integralidade para o segundo e que, por certo, tenha sido produzida sem vícios de ilicitude ou ilegitimidade³⁷².

É bem verdade que não há total consenso sobre o tema. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considera fundamental, para que se admita a prova emprestada, que o juiz natural perante o qual ela tenha sido produzida no primeiro processo seja o mesmo julgador no segundo, em patente prestígio, portanto, à imediação³⁷³.

³⁷⁰ Gomes Filho explica que “O *compartilhamento* ou empréstimo de provas – a denominada *circolazione probatoria* do direito italiano – significa a possibilidade de utilizar, num determinado processo, os elementos de convicção formados em procedimento diverso e autônomo.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61, ago. 2016, p. 44). Nessa mesma linha, veja-se: “A prova empresta é a prova produzida em um determinado processo e, depois, transladada, na forma documental, para outro processo. No segundo processo, em que se junta a prova emprestada, embora transladada na forma documental, ela terá o valor probante originário (por exemplo: de prova testemunhal, de laudo pericial etc.)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev. 2014, p. 163.

³⁷¹ Badaró sustenta não haver “definição legal dos requisitos para a produção e valoração da prova emprestada no ordenamento jurídico brasileiro, ficando a matéria restrita ao debate doutrinário e jurisprudencial.” (ibidem, loc. cit.).

³⁷² O autor conclui: “Em suma, para que a prova emprestada possa ser admitida é necessário que no processo originário ela tenha sido produzida perante uma autoridade investida da função jurisdicional, em contraditório de partes, ou ao menos dele ter participado o sujeito contra quem se pretende fazer valer a prova no processo ao qual será transladada. Além disso, é necessário que o processo originário e o processo derivado tenham o mesmo nível de cognição e de possibilidade de exercício do contraditório, e vertam sobre o mesmo *thema probandum*. Por fim, é de se exigir que no processo originário a prova tenha sido lícita e legitimamente produzida e que o ato de documentação em que se registrou tal prova seja integralmente transportado.” (ibidem, p. 167).

³⁷³ Nas palavras de Grinover, “A esse primeiro, indispensável requisito constitucional de admissibilidade, há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5º, LIII CF). É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa. E isso porque, como visto, somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para

Conclui-se que, na hipótese de se levar em conta a visão de Grinover, o instituto do empréstimo de provas, em termos de embate, não altera a lógica da produção das provas. No entanto, admitir o traslado de prova originariamente oral em forma documental para que seja valorada por julgador que não tenha presenciado a sua produção consiste em alguma desconsideração da imediação – o que, sob os parâmetros definidos, implica atenuação do confronto no processo³⁷⁴.

4.8 O contraditório judicial como regra e as provas irrepitíveis, cautelares e antecipadas

A redação original do artigo 157 do CPP previa a livre apreciação da prova para a formação do convencimento do juiz³⁷⁵. As consequências da redação dessa determinação variam de acordo com a acepção do termo “prova” que se adota, mas, em face do pensamento jurídico contemporâneo à edição do Código de Processo Penal, é possível afirmar que esse dispositivo não foi formulado sob a égide do conceito que impõe a sua necessária produção em contraditório.

Com a Lei nº 11.690/2008, essa questão passou a ser regrada pelo atual artigo 155 do CPP, que manteve a sua disposição no sentido da livre apreciação da prova pelo juiz. Todavia, a lei reformadora foi além, qualificando essa prova como a produzida em contraditório judicial e proibindo o julgador de fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas³⁷⁶.

poder valorá-las devidamente.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993, p. 66).

³⁷⁴ A propósito do reconhecimento das perdas em termos de imediação, interessante é a proposta de Décio Alonso Gomes no que se respeito a admitir apenas excepcionalmente a utilização da prova emprestada: “Em que pese (sic) as ponderações permitidas pelo tema, duas conclusões são necessárias: 1) a imediação só pode ser afastada quando acarreta prejuízo às partes e à atividade cognitiva ou quando sua execução é impossível; e 2) quando disponível a fonte da prova original, como regra, não deve ser permitida ao julgador a escolha de outra alternativa para a experiência comunicacional. A prova emprestada, portanto, não pode servir à substituição da prova oral disponível e acessível pelo julgador, por importar sua documentação (entendida como transformação em documento escrito ou estático.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*, p. 126).

³⁷⁵ Veja-se redação original: “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”.

³⁷⁶ Veja-se redação atual: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Disso se depreendem duas observações. A primeira, de que houve fixação, em conformidade com os ditames constitucionais e com o pensamento jurídico contemporâneo, da prova judicial, em regra, como elemento de convicção produzido em juízo e sob o crivo do contraditório. A segunda, de que, como grande parte das regras, essa possui exceções.

O artigo 155 prevê, assim, que no caso das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o julgador poderá fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação.

Na concepção de Badaró, tecnicamente, as provas antecipadas³⁷⁷ submetem-se ao contraditório, que ocorre, porém, em fase diversa da judicial³⁷⁸. Às cautelares, por sua vez, a despeito de as suas produções no inquérito policial serem desprovidas de contraditório, este se aplica posteriormente, na fase judicial, em virtude da urgência³⁷⁹. Desse modo, em rigor, apenas as provas irrepetíveis se produzem, nos casos em que não se puder aplicá-lo, em exceção ao contraditório³⁸⁰.

A propósito do tema em estudo, detecta-se que a legislação atual se aproxima mais do que a anterior de um sistema que preza pelo confronto na produção da prova. Asseverar

³⁷⁷ O tema da produção antecipada da prova comporta discussão sobre os traços inquisitórios da regulamentação da lei no que tange a atribuir ao juiz iniciativas de ofício na fase investigatória. Nesse sentido, apesar da excepcionalidade do disposto, pode-se dizer que há incompatibilidade da disposição também em relação ao conceito de processo *adversarial*. Sobre o tema, veja-se a seguinte manifestação de Zilli: “Enganase, contudo, quem fielmente acredita serem os traços inquisitórios manifestações informadas, exclusivamente, pelo contexto político autoritário. Ora, a possibilidade de determinação de ofício, de interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas é previsão erigida sob a égide do novo texto constitucional (art. 3º, da Lei 9.296/96), assim como a possibilidade de determinação, também de ofício, da produção antecipada de provas, antes do oferecimento da ação penal (art. 156, I com redação dada pela Lei 11.690/08). Em ambos os casos as determinações supõem um envolvimento do juiz na fase investigatória em grau tal que lhe permita avaliar a necessidade e urgência daquelas medidas. Mais do que isto, o juiz se sobrepõe à autoridade que preside a investigação e ao acusador, interessado em construir uma imputação minimamente viável.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045 (projeto do novo código de processo penal). In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*, p. 392-393).

³⁷⁸ Na expressão do autor: “as provas antecipadas são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase do inquérito policial” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 420).

³⁷⁹ Veja-se: “Na prova cautelar, a urgência na obtenção ou no exame do elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção. A produção de uma prova em contraditório demanda tempo que, nesse caso, é inimigo da urgência.” (ibidem, loc. cit.).

³⁸⁰ Badaró assim se manifesta: “Passando às provas irrepetíveis, elas decorrem de uma situação de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente). Prevalece o posicionamento no sentido de que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorrer de fatores imprevisíveis, quando da sua obtenção. Isso porque, se era previsível a ocorrência de fator externo que poderia tornar irrepetível o ato (por exemplo: a morte da testemunha enferma), o correto é produzir antecipadamente a prova, em juízo e em procedimento contraditório, nos termos do art. 225 do CPP.” (ibidem, p. 421).

explicitamente que apenas os elementos produzidos em juízo e com a participação das partes podem ser apreciados pelo juiz aproxima, inevitavelmente, o sistema processual penal da ideia de definição competitiva dos fatos com gestão probatória das partes. As variações dessa regra geral, que são deveras restritas e aplicáveis apenas em hipóteses razoáveis, não têm o condão de negar o caráter destacado, mas sim de confirmá-lo.

4.9 A produção da prova no âmbito dos Tribunais

O ordenamento jurídico brasileiro assegura, às partes, o direito ao recurso. Apesar de a Constituição Federal não prever, explicitamente, o direito ao recurso aliado ao duplo grau de jurisdição, diversas são as construções doutrinárias reconhecendo que ambos configuram garantias processuais³⁸¹.

Assim, estabelecido o direito de revisão das decisões judiciais, e em virtude do tema central deste trabalho, impõe-se a discussão sobre se e como se dá a produção da prova oral no sistema recursal pátrio. Para o escopo deste tópico, optou-se pela análise apenas do recurso de apelação, que é o recurso de revisão do mérito por excelência da legislação processual penal brasileira³⁸².

³⁸¹ Ao versar sobre o tema, Badaró disserta: “como a Magna Carta estrutura os órgãos do Poder Judiciário, criando órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua desses últimos rever as decisões proferidas em primeiro grau, tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito. [...] Por outro lado, o duplo grau de jurisdição é expressamente previsto na CADH, que assegura a todos os acusados, entre as garantias processuais mínimas, o ‘direito de recorrer da sentença para juiz ou Tribunal Superior (Art. 8.2, h). Assim, aceita a premissa de que as garantias dos tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, ainda que por força da integração da CR com a CADH, é possível afirmar que, no processo penal brasileiro, o direito ao recurso contra a sentença condenatória é uma garantia constitucional. Há também um fundamento político para o princípio do duplo grau de jurisdição: toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame. A ausência de controle daria ao titular de tal decisão um poder ilimitado e absoluto, o que não pode ser aceito em um Estado de Direito.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 809-810). Nessa linha também segue CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 49-50. Para extensa análise do fundamento legislativo do direito ao recurso no processo penal brasileiro, veja-se VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória*. 2017. 358 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, f. 38-50.

³⁸² Veja-se: “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

- I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
- II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
- III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
 - a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
 - b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

Desse modo, no que se refere à produção de prova em sede de apelação, o Código de Processo Penal previu, no corpo do artigo 616, a possibilidade de que o Tribunal, Câmara ou Turma procedessem a novo interrogatório do acusado, reinquirição das testemunhas ou que determinassem outras diligências³⁸³. A lei, portanto, não impôs nova produção de provas para o julgamento da apelação. Previu, apenas, que nessa situação poder-se-ia proceder à nova prática dos atos descritos.

Além disso, o legislador silenciou a respeito dos habilitados para solicitá-las. Não parece, pelo contexto e pela forma disposta, ter sido a sua intenção conceder às partes a possibilidade de requererem que os atos elencados fossem praticados em sede recursal, e a interpretação atual da jurisprudência é no sentido de que o momento adequado para que as partes solicitem a produção de provas diz respeito ao primeiro grau, sendo a aplicação do artigo 616 uma faculdade do julgador para esclarecer dúvidas ou inquietações suas que eventualmente a instrução realizada em grau anterior não satisfaça³⁸⁴.

Há, aqui, considerável obstáculo à aproximação do sistema processual penal brasileiro em relação ao processo *adversarial*. Ora, se em grande parte dos casos os seus méritos são – ou podem ser – decididos no julgamento da apelação, e as provas orais não se produzem na presença do(s) julgador(es) dos recursos, salvo se ele(s) quiser(em), definitivamente se identifica, por mais que a lei dê evidentes sinais da intenção do legislador em sentido contrário, forte empecilho ao protagonismo das partes na gestão probatória no

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”.

³⁸³ Veja-se: “Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”.

³⁸⁴ Transcreve-se o seguinte excerto da decisão: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. ANOTAÇÃO ERRÔNEA. DILIGÊNCIA REQUERIDA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. ARTIGO 616 DO CPP. PROVIDÊNCIA NÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CERTIDÃO DOTADA DE FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A norma contida no artigo 616 do Código de Processo Penal revela um mecanismo à disposição da Corte de Apelação para dissipar eventual dúvida verificada no conjunto probatório, facultando que proceda a novo interrogatório do acusado, sejam reinquiridas testemunhas ou determine a realização de diligências. 2. A adoção do aludido expediente é faculdade do Tribunal competente para julgar o recurso de apelação interposto, mormente porque as provas das teses defendidas pelas partes devem ser produzidas no momento oportuno, de acordo com os prazos e formas estabelecidos no Código de Processo Penal, no âmbito da instrução criminal. 3. Embora a impetrante afirme que a certidão de antecedentes criminais do paciente conteria informação incorreta, aduzindo que a condenação pelo crime de roubo ali contida seria, na verdade, de seu irmão, a dúvida suscitada não contém a seriedade que justifique compelir o Tribunal de origem a realizar a diligência requerida de forma extemporânea. 4. As certidões exaradas por serventuário da justiça gozam de fé pública, cuja veracidade somente pode ser afastada com robusta prova em contrário, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. 5. Ordem denegada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. HC 175.767/MG. Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 09/10/2012. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018, grifo do original).

processo penal brasileiro. Nesses casos, há evidência cristalina que o controle da produção de provas se dá em função do juiz.

No que tange à incongruência entre o prestígio aos princípios da oralidade e da imediação em primeiro grau e o desvalor que se lhes dá no regramento da produção da prova em nível recursal, a doutrina brasileira tem demonstrado seu inconformismo³⁸⁵.

Por fim, é inegável a atenuação dessa ausência física do julgador recursal na medida em que os atos processuais têm sido documentados em mídias digitais. O acesso à imagem e ao som correspondentes à produção da prova oral permite, de certa maneira, que o julgador dos recursos aprecie largamente todo o contexto probatório³⁸⁶. Esse acesso, porém, não é uma realidade no Brasil como um todo e, mesmo quando ele se dá, não se pode fazer afirmações a respeito do grau em que ele satisfatoriamente permite que o julgador capte todas as *nuances* resultantes do confronto na produção da prova³⁸⁷.

Alcançam-se conclusões semelhantes no que se refere à produção da prova nos processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, regulamentada pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, com a sua disciplina estendida aos de competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais

³⁸⁵ É o que se observa a seguir: “Uma das bases de um sistema de julgamento oral, público e em contraditório no juízo recursal é a sua reestruturação a partir de um modelo de audiências. Como exposto anteriormente, o procedimento atual nos Tribunais desvela um regime em que a oralidade e o contraditório são excepcionais e raramente efetivos, inviabilizando a concretização do direito ao recurso como controle da sentença condenatória e reforço da presunção de inocência. A prática expõe um sistema burocrático, em que o juízo recursal se torna uma mera confirmação ritualística da condenação, com votos prontos e raramente discutidos, e o esvaziamento da defesa em segundo grau.” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória*, f. 273).

³⁸⁶ Décio Alonso Gomes argumenta: “Ainda sob os reflexos das tecnologias da informação e da comunicação no processo penal, a doutrina concebe outra classificação: a chamada *imediação de segundo grau*, consistente na gravação, reprodução e exibição de suporte audiovisual que contenha a filmagem das audiências (e da colheita da prova) desenvolvida na primeira instância. Tal recurso (reprodução da gravação em segunda instância) não constituiria em si mesmo uma autêntica e verdadeira imediação, mas apenas uma reprodução por meios técnicos da imediação de primeira instância. No entanto, deve-se ponderar – como será feito no último capítulo desta pesquisa – que a gravação é uma forma distinta da escrita e, portanto, constitui forma mais completa de estender e entender a assentada e os termos da primeira instância.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*, p. 75).

³⁸⁷ Na doutrina processual, há discussão sobre quais seriam os fundamentos da imposição de que o juiz que presenciou os atos instrutórios deve ser o julgador do mérito (identidade física do juiz). Nesse aspecto, a imediação é abordada e, apesar de haver divergência sobre a sua justificação – há quem vislumbre que ela se impõe diante da captação sensorial das *nuances* da produção da prova; ainda, no entendimento de alguns, ela se justifica pela possibilidade de o juiz participar e conduzir a produção da prova; há, por fim, na concepção de outra parcela, ela decorre de um asseguramento de o juiz tomar conhecimento de todos os elementos que devem guiar o seu ato decisório –, é inegável que seja elemento essencial do direito ao confronto e, nesse aspecto, sua exclusão acarreta em afastamento da racionalidade *adversarial*. A propósito da questão aqui abordada, veja-se VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Op. cit., f. 234-243; e GOMES, Décio Alonso. Op. cit., p. 79-80/139-173.

Federais em face da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993³⁸⁸. A sua análise se impõe na medida em que, diante das especificidades decorrentes da própria natureza dos Tribunais, é de se esperar que, de algum modo, a produção da prova perante eles divirja da regra comumente aplicada aos juízos de primeiro grau.

Para os fins desta dissertação, assinalam-se as disposições alusivas à delegação da função do relator de presidir a produção da prova, já que a Lei nº 8.038/1990 lhe confere as mesmas atribuições que a lei processual outorga aos juízes singulares³⁸⁹.

Nesse aspecto, entre as suas competências, o relator convocará desembargadores e juízes de primeira instância para a realização do interrogatório e de outros atos de instrução³⁹⁰. Na esteira dessa lógica, a lei ainda determina que, no que couber, a instrução obedecerá ao procedimento comum do Código de Processo Penal, e que poderá, o relator, delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução, mediante carta de ordem, ao juiz ou membro do Tribunal com competência territorial no local do seu cumprimento³⁹¹.

A legislação ainda indica que, após a inquirição de testemunhas, as partes devem ser intimadas para requererem eventuais diligências³⁹², e dá a entender, pela leitura do *caput* do artigo 11, que essas diligências também podem ser determinadas de ofício pelo relator³⁹³.

³⁸⁸ Veja-se: “Art. 1º As normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.”.

³⁸⁹ Veja-se: “Art. 2º – O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.

Parágrafo único – O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.”.

³⁹⁰ Veja-se: “Art. 3º – Compete ao relator: [...] III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato.”.

³⁹¹ Veja-se: “Art. 9º – A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal.

§ 1º – O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.

§ 2º – Por expressa determinação do relator, as intimações poderão ser feitas por carta registrada com aviso de recebimento.”.

³⁹² Veja-se: “Art. 10 – Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa, para requerimento de diligências no prazo de cinco dias.”.

³⁹³ Veja-se: “Art. 11 – Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações escritas.”.

Por fim, ainda há a previsão de que o relator determine, de ofício, a realização de provas imprescindíveis para o julgamento da causa³⁹⁴.

Em termos de confronto, portanto, a mais relevante diferença entre a produção da prova a teor da Lei nº 8.038/1990 e aquela delineada pelo Código de Processo Penal para o procedimento ordinário consiste na prática dos atos instrutórios e do interrogatório por juiz convocado para essa finalidade e, portanto, não pelo julgador do mérito. As observações, a esse respeito, são as mesmas feitas em relação às hipóteses dos julgamentos de apelação em que não se produz prova perante o Tribunal e, dessa maneira, sem imediação, implicando a contenção do desenvolvimento do direito ao confronto na esfera processual.

³⁹⁴ Veja-se: “Art. 11 [...] § 3º. “O relator poderá, após as alegações escritas, determinar de ofício a realização de provas reputadas imprescindíveis para o julgamento da causa.”.

5 A LEGISLAÇÃO PROJETADA E OS SEUS (POSSÍVEIS) DESDOBRAMENTOS

Em vista do tema abordado neste trabalho e de, no momento da elaboração desta dissertação, estar em trâmite no Congresso Nacional um projeto que visa substituir o Código de Processo Penal vigente, faz-se necessária a sua leitura crítica.

Ressalva-se que, em razão da complexidade do processo legislativo – característica, inclusive, acentuada ao se tratar da elaboração de um diploma extenso e abrangente como o Código de Processo Penal –, algumas foram as alterações que o Anteprojeto apresentado inicialmente ao Senado Federal (Anteprojeto) pela comissão de juristas sofreu – e certamente sofrerá.

Em virtude disso, por certo a identificação de influências sobre as estruturas basilares da legislação projetada se dá melhor pela análise do Anteprojeto sem as alterações pontuais operadas nas Casas Legislativas. Por mais que se saiba que o Anteprojeto não se refletirá por completo na legislação eventualmente aprovada, salvo se houver aprovação de projeto substitutivo, dificilmente o resultado dissociar-se-á por completo da ideia em torno da qual a comissão de juristas pretendeu. Dentre as modificações já operadas no trâmite legislativo do Anteprojeto, serão destacadas apenas aquelas consideradas substanciais.

De modo diverso de como se dividiu o capítulo anterior no que diz respeito ao Código de Processo Penal, procedeu-se, aqui, ao estudo da lei projetada em tópicos concernentes (1) à estruturação do sistema processual no Anteprojeto; (2) à prova testemunhal; (3) ao interrogatório; (4) à instrução perante o Tribunal do Júri; (5) à prova emprestada; e (6) à produção da prova no âmbito dos Tribunais. A prova pericial e a acareação, por não possuírem regramento fundamentalmente diverso do atual, não foram abordadas.

5.1 A estruturação do sistema processual no Anteprojeto

Constam, no Anteprojeto, duas disposições acerca de aspectos estruturantes do sistema processual engendrado. Optou-se por analisá-las preliminarmente, uma vez que não são partes do regramento específico de algum dos procedimentos previstos.

Desse modo, o Anteprojeto, no artigo 4º, determina de forma expressa a estrutura acusatória do processo penal, veda iniciativas ao juiz na fase de investigação da persecução penal e impossibilita que se substitua a atuação probatória do órgão de acusação³⁹⁵.

No que tange à fixação da estrutura acusatória ao processo penal brasileiro, salienta-se o fato de o sistema acusatório, como demonstrado no item 1.3, possuir determinadas características que o definem como tal, destacando-se como principal a atribuição das funções de acusar, defender e julgar atores processuais distintos.

A definição de sistema *adversarial* estabelece, sob os parâmetros assumidos, que acusatório e *adversarial* são expressões distintas – o que, por sua vez, não implica dizer que esses conceitos não possuem pontos de contato, fundamentos convergentes. Somado a isso, parte considerável da doutrina e dos operadores do direito, no Brasil e fora dele, não reconhecem essas diferenças³⁹⁶.

Assim, não seria surpreendente se o proponente legislativo, ao invocar o sistema acusatório, substancialmente, por vezes se referisse ao sistema *adversarial*; ou que, ao elaborar intencionalmente um sistema dito acusatório, também o fizesse, acidentalmente, de modo *adversarial*. Os conceitos não só não se excluem, mas são bastante próximos. A remontagem histórica do processo acusatório atribui-lhe fortes laços com o surgimento dos processos da tradição da *common law*. De modo semelhante, a concepção de uma ideia

³⁹⁵ Veja-se: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”.

³⁹⁶ Aury Lopes Junior e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por exemplo, pugnam pelo entendimento segundo o qual a separação de função não serve como parâmetro para determinar a diferença entre os sistemas inquisitório e acusatório. Assim, o critério definidor, para os autores, será o da gestão da prova que, quando for centrada no protagonismo do juiz, resultará em um sistema inquisitório, e quando centrada nas partes, em um sistema acusatório. Nota-se, portanto, que a nomenclatura de processo acusatório adotada pelos autores é, de maneira geral, o que nesta dissertação se define como *adversarial*. Sobre o tema, Lopes Junior elucida: “Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades, etc.) [...] Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu *núcleo*, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.). Como afirmamos anteriormente, o processo tem como finalidade (além do explicado no Capítulo I) buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores, como ensina JACINTO COUTINHO: – Princípio dispositivo: funda o sistema acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz espectador). – Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz ator [inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório.” (LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171-174). Ainda sobre o assunto, veja-se COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, passim.

competitiva de determinação dos fatos em matéria penal, como se demonstrou no Capítulo 2, também se deu atrelada a um ordenamento jurídico proveniente da tradição da *common law*.

Em outras palavras, é bastante plausível que se “mire” no sistema acusatório e se “acerte” no sistema *adversarial*. Para identificar se isso ocorreu ou não, é essencial que se realize uma análise sistemática da legislação proposta.

A vedação a poderes investigatórios do juiz, por seu turno, tem sua utilidade reduzida para identificação de influências *adversariais* na legislação projetada porque, apesar de a autoridade judicial com poderes dessa ordem ser incompatível com o sistema *adversarial*, também o é, como já se assentou em outros pontos deste trabalho, em referência a qualquer outra concepção atual de processo. Um esquema de definição dos fatos em matéria penal que reúna as funções de investigação e de julgamento em um mesmo ator remete ao “processo inquisitório”, que possui apenas valor histórico e nem ao menos pode, em rigor, ser denominado processo.

A leitura do artigo 4º em comento, por fim, aponta para a proibição da substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disso infere-se que o julgador e as partes possuem funções muito definidas, que não podem ser usurpadas por outrem. Se, por um lado, isso se coaduna com o conceito de processo acusatório – que, em linhas gerais, exige a atribuição das funções de acusar e julgar atores distintos –, observada a disposição pelo prisma *adversarial*, por outro, nota-se que apenas há que se falar em protagonismo das partes em processo no qual as funções dos atores estejam bem delineadas e que, em regra, não possam ser atravessadas. No caso, o artigo 4º atribuiu, com exclusividade, a atividade probatória às partes, satisfazendo, desse modo, essa condição.

Não obstante, o artigo 162 do Anteprojeto, que trata de disposição geral atinente à prova, é efetivamente revelador do procedimento que os seus idealizadores pretenderam ao prever a proposição das provas pelas partes, sendo facultado ao juiz esclarecer dúvida sobre a prova produzida³⁹⁷.

A leitura desse dispositivo permite concluir-se que, ao menos no tocante à prova, o Anteprojeto preconiza um sistema processual, se não completamente, ao menos com fortes

³⁹⁷ Veja-se: “Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.”

traços *adversariais*. Essa determinação feita como disposição geral, logo no primeiro dispositivo que trata do tema, centraliza, de imediato, a função da gestão probatória nas partes. É certo que não aliena o juiz de iniciativas instrutórias, mas estas se dão, pelo que se extrai da leitura do artigo, de modo consideravelmente limitado. Essa restrição torna-se evidente na escolha da expressão “esclarecer dúvida”, e se perfaz na leitura conjunta do dispositivo citado no parágrafo anterior deste trabalho com o artigo 4º do Anteprojeto e com as disposições específicas que regulamentam cada meio de prova.

É preciso ressaltar, porém, que o artigo 4º do Anteprojeto já foi objeto de alterações. Em seu trâmite pelo Senado Federal, e agora na Câmara dos Deputados, sua redação passou a constar, de modo alterado, no artigo 165 do PL nº 8.045/2010, de modo a permitir que o juiz determine diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes³⁹⁸.

O Congresso Nacional, assim, apesar de até o momento ter mantido a disposição de que as provas serão propostas pelas partes, demonstrou resistência à limitação da atuação do juiz apenas ao esclarecimento de dúvidas, e optou por incluir a expressão “determinar diligências”. As consequências práticas disso são de grau diminuto, mas a relutância e a cautela com a restrição das atribuições do juiz no campo da produção das provas são relevantes ao se tentar estabelecer eventuais aproximações ou afastamentos do sistema processual penal relativamente ao sistema *adversarial*.

5.2 A prova testemunhal

No que diz respeito especificamente às disposições da prova testemunhal, a sua essência, de modo geral, está mantida na legislação projetada em consonância com o atualmente regulamentado pelo Código de Processo Penal.

³⁹⁸ Veja-se: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.”.

A prova testemunhal mantém-se, assim e em rigor³⁹⁹, regida pela oralidade⁴⁰⁰, que possui significativa afinidade com o sistema *adversarial*.

De modo semelhante, replica-se, no Anteprojeto, o dever de dizer a verdade⁴⁰¹ da legislação atual, bem como as vedações ao deferimento desse compromisso⁴⁰² e a determinação de que qualquer pessoa pode ser testemunha⁴⁰³. Portanto, não obstante expressa preocupação com a credibilidade das narrativas de determinados indivíduos⁴⁰⁴, há a mesma possibilidade de introdução de elementos probatórios (ainda que com carga valorativa reduzida) advindos dos informantes, que não se comprometem a dizer a verdade – o que gera, sob os parâmetros estudados, atenuação do confronto no campo do processo.

Ainda, o Anteprojeto, no que se refere às declarações do ofendido, dispõe sobre não lhe ser imposto o compromisso de dizer a verdade e, no mais e cabível, determina que ao procedimento da sua oitiva se apliquem as disposições atinentes à prova testemunhal, não alterando, dessa maneira, o panorama atual⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Veja-se: “Art. 168. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.”.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.”.

⁴⁰⁰ As exceções, que apenas confirmam a regra, estão dispostas no artigo 183 do Anteprojeto:

“Art. 183. O Presidente, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e os respectivos secretários de Estado, os Prefeitos, os deputados estaduais e distritais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o Juiz.”.

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, bem como o Procurador-Geral da República, poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo Juiz, lhes serão transmitidas por ofício.”.

⁴⁰¹ Veja-se: “Art. 167. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”.

⁴⁰² Veja-se: “Art. 170. 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, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado.”.

Parágrafo único. A testemunha será advertida sobre o direito a silenciar sobre fatos que possam incriminá-la.”.

⁴⁰³ Veja-se: “Art. 166. Toda pessoa poderá ser testemunha.”.

⁴⁰⁴ O Anteprojeto prevê, também de modo semelhante ao atualmente em vigor, a contradita das testemunhas: “Art. 177. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita, a arguição e a resposta, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 170, 171 e 172.”.

⁴⁰⁵ Veja-se: “Art. 187. Sempre que possível, a vítima será qualificado e perguntado [sic] sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.”.

Parágrafo único. Aplicam-se às declarações da vítima, no que couber, as disposições sobre a prova testemunhal.”.

Com a previsão da proibição da manifestação, pela testemunha, de apreciações pessoais⁴⁰⁶, o proponente legislativo demonstra as mesmas cautelas do Código de Processo Penal que se consubstanciam em despreço a informações que prejudicam a concepção de “disputa justa” por não poderem – ou dificilmente poderem – ser refutadas de modo racional.

O sigilo profissional, que se atrela à ideia *adversarial* de processo pelas razões já expostas, também possui espelhamento na legislação atualmente em vigor⁴⁰⁷.

Ainda à semelhança do Código de Processo Penal atual, prevê-se, no Anteprojeto, a possibilidade da oitiva da testemunha por carta precatória⁴⁰⁸ e da retirada do réu da sala de audiências nas hipóteses de humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima⁴⁰⁹ – e das possibilidades das práticas dos respectivos atos por videoconferência. As observações e conclusões a esse respeito são as mesmas que se fez alhures, neste trabalho.

A forma de inquirição das testemunhas delineada pelo Anteprojeto é a mesma atualmente em vigor⁴¹⁰. Preconiza, assim, que a inquirição das testemunhas deverá ser realizada diretamente pelas partes e restringe, nesse momento probatório, a atuação do juiz a uma atividade complementar de inquirição sobre pontos obscuros. Revela, nesse aspecto, como ocorrido no âmbito das reformas processuais de 2008, afinidade com a concepção *adversarial*⁴¹¹, que tem ênfase no confronto e na gestão probatória das partes.

⁴⁰⁶ Veja-se: “Art. 176. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.”.

⁴⁰⁷ Veja-se: “Art. 171. 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.”.

⁴⁰⁸ Veja-se: “Art. 184. A testemunha que morar fora da comarca será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes sobre a data em que será prestado o depoimento.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Na hipótese prevista neste artigo, a inquirição da testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurada a presença do defensor, e, de preferência, durante a audiência de instrução e julgamento.”.

⁴⁰⁹ Veja-se: “Art. 179. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.”.

⁴¹⁰ Veja-se: “Art. 175. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

§ 1º Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

§ 2º Se das respostas dadas ao juiz resultarem novos fatos ou circunstâncias, às partes será facultado fazer reperguntas, limitadas àquelas matérias.”.

⁴¹¹ Vejam-se argumentos apresentados no item 5.1.2 desta dissertação.

Amplamente, portanto, não se vislumbram diferenças essenciais entre os regramentos atuais e os projetados da produção da prova testemunhal.

O Anteprojeto traz, porém, inovação bastante explícita que impõe disposições especiais relativas à inquirição de crianças e adolescentes, observando e respeitando as singularidades inerentes a essa condição. Três são os artigos que compõem a referida seção.

O artigo 188 introduz as intenções do legislador em dispor de modo diferente sobre a inquirição de crianças e adolescentes e específica, como razões para tanto, a salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional do depoente em especial condição de desenvolvimento e a preocupação com a revitimação causada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato⁴¹².

O inciso I do artigo em comento reconhece, portanto, o nível de desgaste ao qual se submete o depoente, sobretudo na esfera criminal. A questão foi abordada no item 1.1.3.2, que tratou dos efeitos combativos do processo *adversarial*, e representa relevante crítica ética ao sistema, tornando-se, não raramente, um impasse de grande complexidade na prática dos processos *adversariais*⁴¹³.

⁴¹² Veja-se: “Art. 188. A inquirição de criança ou adolescente como vítima ou testemunha poderá, mediante solicitação de seu representante legal, de requerimento das partes ou por iniciativa do juiz, ser realizada na forma do art. 189, de modo a:

I – salvar a integridade física, psíquica e emocional do depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II – evitar a revitimação do depoente, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos penal, cível e administrativo.”

⁴¹³ A propósito do dilema ético, são esclarecedoras as lições de Myers e de Ohlbaum: “Disagreement arises, however, when the defense lawyer undertakes to cross-examine a truthful prosecution witness first to show, and later to argue, that the witness is lying. Whether it is ethically permissible to suggest that a truthful witness is lying during cross-examination has been famously characterized as one of the ‘three hardest questions.’ This question is the subject of fascinating commentary and thoughtful debate in professional literature.’ Nevertheless, many students do not appreciate the difficulty of this problem. We have found that a dramatic courtroom demonstration provides a realistic context for ethical reflection, which facilitates deeper appreciation of the issues. Presented with the question of how to cross-examine a truthful witness, students generally react in three ways. One group believes that the rules and the adversary system require unbridled partisanship by the defense lawyer. These students are confident that the system will ferret out the truth and produce a just result. They do not appreciate that an attorney’s obligation to a client could be ethically constrained by knowledge of the truth or of a client’s guilt. The second group believes there are clear differences between challenging the state’s case by shooting holes in the evidence and by offering a wholly new defense based on false inferences. The third group of students does not understand why a guilty defendant deserves any defense whatsoever, since any defense attempts to obscure the truth. Members of this group throw up their hands claiming they could never be defense lawyers. Absent from these reactions is any consideration of the impact of the witness’s veracity on defense counsel’s behavior. Nor do the students consider whether the crime or subject matter of the testimony should have any bearing on the lawyer’s decisions on interrogation.” (MYERS, Eleanor W.; OHLBAUM, Edward D. Discrediting the truthful witness: demonstrating the reality of adversary advocacy. *Fordham Law Review*, v. 69, n. 3, p. 1055-1082, Dec. 2000, p. 1055).

Na hipótese de os fatos se definirem pela disputa⁴¹⁴, com a realização da inquirição direta por atores interessados, a concepção conflitiva desse processo, por si só, não apenas autorizará, mas praticamente irá vincular as partes à atuação contumaz durante todo o processo, já que a ideia será vencer. Na produção da prova, por conseguinte, os atos não se desenvolvem de modo diverso. Assim, grande parte do peso da atuação combativa das partes recai sobre as fontes de prova e, no caso das provas pessoais, a testemunha é a principal delas. Naturalmente, portanto, é de se esperar que surjam cautelas a esse respeito – como efetivamente se as identifica, em relação a crianças e adolescentes, no Anteprojeto.

No tocante ao inciso II do artigo 188, a preocupação é com a revitimação do depoente. A sua racionalidade assemelha-se à da vitimação das testemunhas, mas ao seu contexto é acrescido o fato de a vítima depoente reviver o sofrimento do crime a cada vez que o descreve ou é questionada sobre o assunto, o que naturalmente lhe traz novas angústias⁴¹⁵. Essa situação se amplifica, assumindo a mesma racionalidade da vitimação das testemunhas, nos sistemas processuais *adversariais*, e a vasta produção doutrinária proveniente de autores que vivenciam esse sistema é um forte indicativo disso⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Não se desconsidera a força e o peso da autoridade do juiz em sistemas *inquisitoriais*, pois, como se sabe, principalmente nos casos de testemunhas não habituadas ao cotidiano forense, a tensão inerente à inquirição por uma autoridade estatal com poderes decisórios é significativa. Todavia, ao menos em teoria, o juiz que inquirir não se compromete – ou não deve se comprometer – com as teses de acusação ou de defesa. A ideia que circunda a inquirição oficial pressupõe uma imparcialidade que, mesmo que na prática se desnature parcialmente, colore o panorama probatório de um modo menos agressivo do que o do sistema *adversarial*.

⁴¹⁵ Nesse sentido, veja-se: “It is perhaps one of the most tragic ironies of modern court procedure resort that renders the court both the child protector of last and one of the most serious perpetrators of child abuse. The child witness often faces victimization in the courtroom. Criminal procedures that operate interest solely to vindicate a societal often fail to take into account the psychological damage that can be done to a young child in the role of witness. Even a complaining witness, for example, has no constitutional rights to protect him through the ordeal of a criminal investigation, pre-trial proceedings, and the trial itself. He has no right to counsel, for instance, and no general right to remain silent, even though public testimony may do him considerable harm. [...] The child who is the victim of a sex crime provides a poignant example. While the assault itself is emotionally damaging, the ordeal of bringing criminal charges can compound the danger. The plight of the child victim was previously described by David Libai who observed that although juvenile offenders are treated in a different manner than adult offenders, a child victim called to assist the prosecution of his accused assailant is not. Libai also related the belief of child psychiatrists that the degree of psychic trauma is as much dependent on the way that the child victim is treated after discovery as at the time of the offense itself.” (PARKER, Jacqueline Y. The rights of child witnesses: is the court a protector or perpetrator?. *New England Law Review*, v. 17, n. 3, p. 643-693, 1981-1982, p. 643-645).

⁴¹⁶ Veja-se: HUTTON, Mary Christine. Child sexual abuse cases: reestablishing the balance within the adversary system. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 20, n. 2, p. 491-542, Winter 1987, passim; PARKER, Jacqueline Y. The rights of child witnesses: is the court a protector or perpetrator?. *New England Law Review*, v. 17, n. 3, p. 643-718; LIBAI, David. The protection on the child victim of a sexual offense in the Criminal Justice System. *Wayne Law Review*, v. 15, n. 3, p. 977-1032, Spring 1969, passim; e DE FRANCIS, Vincent. Protecting the child victim of sex crimes committed by adults. *Federal Probation*, v. 35, n. 3, p. 15-20, Sept. 1971, passim.

No corpo dos artigos 189⁴¹⁷ e 190⁴¹⁸ do Anteprojeto, apresentam-se as soluções para esses problemas. Nota-se, em comparação à regra geral, certa atenuação procedimental em termos de confronto na produção da prova. O acompanhamento da criança ou do adolescente por um profissional designado por juiz, a inquirição intermediada – apesar de em tempo real –, a possibilidade da alteração, pelo agente intermediador, dos termos escolhidos pelas partes para o questionamento e a restrição, mesmo que não absoluta, da produção da prova testemunhal em juízo, são todos elementos que, de modo significativo, diminuem o caráter combativo da produção dessa prova oral específica – e, por conseguinte, dos efeitos combativos sobre os depoentes que necessitam dessa tutela especial.

A presença dessas disposições na legislação projetada, assim como outras já analisadas, não permite isoladamente afirmar que há um processo de aproximação ou de afastamento do sistema probatório penal brasileiro relativamente ao sistema processual *adversarial*. A vitimação das testemunhas e a revitimação das vítimas não são exclusividades de uma única concepção de processo. Enfatiza-se, no entanto, que a preocupação, aqui, de modo intenso e quase inédito com os efeitos pungentes da oitiva de indivíduos vulneráveis,

⁴¹⁷ Veja-se: “Art. 189. O procedimento de inquirição observará as seguintes etapas:

I – a criança ou adolescente ficará em recinto diverso da sala de audiências, especialmente preparado para esse fim, devendo dispor de equipamentos próprios e adequados à idade e à etapa evolutiva do depoente;

II – a criança ou adolescente será acompanhada por um profissional designado pelo juiz;

III – na sala de audiências, as partes formularão perguntas ao juiz;

IV – o juiz, por meio de equipamento técnico que permita a comunicação em tempo real, fará contato com o profissional que acompanha a criança ou adolescente, retransmitindo-lhe as perguntas formuladas;

V – o profissional, ao questionar a criança ou adolescente, poderá simplificar a linguagem e os termos da pergunta que lhe foi transmitida, de modo a facilitar a compreensão do depoente;

VI – o depoimento será gravado em meio eletrônico ou magnético, cuja transcrição e mídia integrarão o processo.

§ 1º A opção pelo procedimento descrito neste artigo levará em conta a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, e será adotada quando houver fundado receio de que a presença da criança ou adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar os objetivos descritos no art. 188.

§ 2º Não havendo sala ou equipamentos técnicos adequados, nem profissional capacitado para a intermediação que se requer, o depoimento será validamente realizado.”.

⁴¹⁸ Veja-se: “Art. 190. Na fase de investigação, ao decidir sobre o pedido de produção antecipada de prova testemunhal de criança ou adolescente, o juiz das garantias atentará para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento, observando, quando recomendável, o procedimento previsto no art. 189.

§ 1º Antecipada a produção da prova na forma do *caput* deste artigo, não será admitida a reinquirição do depoente na fase de instrução processual, inclusive na sessão de julgamento do tribunal do júri, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade, em requerimento devidamente fundamentado pelas partes.

§ 2º Para fins de atendimento ao disposto no inciso II do art. 188, o depoimento da criança ou adolescente tomado na forma do *caput* deste artigo será encaminhado à autoridade responsável pela investigação e ao Conselho Tutelar que tiver instaurado expediente administrativo, com o fim de evitar a reinquirição da criança ou adolescente.”.

pode representar um sinal, um elemento que, somado a outros, permite que se proceda a inferências mais sólidas ao final do exame.

5.3 O interrogatório e a participação do corréu

As razões pelas quais se estuda, também neste ponto, a regulamentação do interrogatório, são as mesmas externadas no item 4.2. Apesar de não se tratar de meio de prova – e sim de meio de defesa do réu –, a análise da oitiva do acusado se impõe na medida em que, quando o réu opta por dele fazer uso, quando não recorre ao seu direito ao silêncio, as informações trazidas servem licitamente como elementos para a formação da convicção do julgador⁴¹⁹, o que se dá, em regra, de forma oral.

As modificações da lei projetada são de duas searas. Uma diz respeito a aspectos substanciais, quais sejam, o modo como se previu a inquirição do acusado e a não menção no Anteprojeto ao reinterrogatório, ao passo que as demais tratam de aspectos formais, inovando mais no sentido de explicitar questões eventualmente dúbias ou historicamente negligenciadas pelo Código de Processo Penal do que, propriamente, de determinar modificações procedimentais.

Exemplo disso é o artigo 63 do Anteprojeto, que determina peremptoriamente a natureza de meio de defesa do interrogatório e a sua necessária realização na presença do defensor do acusado⁴²⁰. Ou, ainda, o artigo 64, que no *caput* determina o respeito à capacidade de compreensão e discernimento do interrogando, a não admissão de métodos ou técnicas ilícitas na sua prática ou de formas de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar e, nos seus §§ 1º e 2º, a proibição da promessa de vantagens sem amparo legal da autoridade responsável pelo interrogatório e a inadmissibilidade de que se prolongue por tempo excessivo.

⁴¹⁹ Para ampla análise sobre o *nemo tenetur se detegere*, veja-se QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *passim*.

⁴²⁰ A esse respeito, aliás, o próprio Anteprojeto fixa o entendimento já há algum tempo prevalecente na doutrina e na jurisprudência nacionais: “Art. 63. *O interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor.*” (grifou-se).

São quase obviedades, decorrências naturais do conceito de processo e dos direitos e garantias determinados na Constituição Federal. Em rigor, não alteram o atual tratamento devido à oitiva do acusado.

O mesmo se diz em relação aos deveres de indagar o interrogando, caso queira confessar, se o faz de livre e espontânea vontade⁴²¹; e de informar o acusado (1) do teor dos fatos que lhe são imputados; (2) da possibilidade de que se entreviste, em local reservado, com o seu defensor; (3) de que suas declarações possam ser eventualmente utilizadas contra si; e (4) do teor do seu direito ao silêncio⁴²².

No tocante às alterações substanciais, o Anteprojeto, nos artigos 71 e 72, determina a formulação direta de perguntas ao interrogado pelas partes – primeiro o Ministério Público, depois a defesa⁴²³ – e confere ao juiz, após as inquirições das partes, a possibilidade de complementação do interrogatório sobre pontos não esclarecidos⁴²⁴.

Esse tema, entre todos os que visam à regulamentação do interrogatório feita pelo Anteprojeto, é o mais revelador no que toca ao objeto deste trabalho. As considerações que podem ser feitas acerca do estabelecimento das formulações diretas de perguntas pelas partes, não se admitindo perguntas ofensivas, que induzam respostas ou que não tenham relação com a causa ou importem em repetição, são muito semelhantes àquelas que se pôde fazer quanto ao estabelecimento da forma direta de inquirição das testemunhas.

Ora, estabelecer papel secundário e complementar ao juiz e pôr à disposição das partes o direcionamento da extração dos elementos probatórios advindos do interrogatório revelam patente intenção do proponente legislativo de calcar a determinação dos fatos no

⁴²¹ Veja-se: “Art. 69. Quando o interrogando quiser confessar a autoria da infração penal, a autoridade indagará se o faz de livre e espontânea vontade.”

⁴²² Veja-se: “Art. 65. Antes do interrogatório, o investigado ou acusado será informado:

I – do inteiro teor dos fatos que lhe são imputados ou, estando ainda na fase de investigação, dos indícios então existentes;

II – de que poderá entrevistar-se, em local reservado, com o seu defensor;

III – de que as suas declarações poderão eventualmente ser utilizadas em desfavor de sua defesa;

IV – do direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder a uma ou mais perguntas em particular, ou todas que lhe forem formuladas;

V – de que o silêncio não importará confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

Parágrafo único. Em relação à parte final do inciso I deste artigo, a autoridade não está obrigada a revelar as fontes de prova já identificadas ou a linha de investigação adotada.”

⁴²³ Veja-se: “Art. 71. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.

Parágrafo único. O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.”

⁴²⁴ Veja-se: “Art. 72. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no § 3º do art. 66.”

protagonismo das partes. Este, como já se demonstrou em diversos pontos deste trabalho, é a espinha dorsal do sistema processual penal *adversarial*. Assim, os dois dispositivos contidos no Anteprojeto cujo objetivo é regulamentar o método de inquirição do interrogado são importantes elementos que, somados a outros que se procurou identificar, devem ser levados em conta para a resposta à pergunta central desta dissertação, reitera-se, se é possível traçar um movimento de aproximação da regulamentação da produção da prova oral no sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual penal *adversarial* e, em caso positivo, quais são os elementos indicativos desse movimento e os seus limites.

Durante o trâmite no Congresso Nacional, os artigos 71 e 72 foram renumerados, passando os seus conteúdos a serem dispostos nos artigos 74 e 75 do PL nº 8.045/2010, respectivamente. No mais, foi acrescentada ao conteúdo do primeiro a determinação da possibilidade de o defensor do corréu também realizar perguntas no interrogatório⁴²⁵.

No que toca a essa inclusão, e para os parâmetros de análise desta dissertação, pode-se vislumbrar, em certo aspecto, a maneira como a provocação do confronto permeia o sistema processual delineado, já que a participação do defensor do corréu, que possibilita o embate de versões perante o julgador, é colocada de forma essencial. Ademais, o Anteprojeto não dispõe, como a legislação atual, que os corréus devem ser interrogados em apartado. Infere-se, daí, que, mormente nos casos de delação, a presença do corréu no interrogatório do acusado, para que exerça a sua autodefesa, é possível – a denotar o apreço do proponente legislativo à ideia do confronto na instrução processual.

Por fim, o Anteprojeto não faz alusão alguma ao reinterrogatório. Portanto, seja em virtude de a compreensão do interrogatório não estar à disposição do juiz, seja simplesmente pelo entendimento de o instituto, como já afirmado, carecer de sentido em um contexto no qual a oitiva do acusado encerra a instrução processual, o fato é que o reinterrogatório, do modo como está previsto na legislação vigente, é contrário à concepção *adversarial* de processo, e a sua ausência na legislação projetada, portanto, pode ser vista como favorável a esse esquema de determinação dos fatos.

⁴²⁵ Veja-se: “Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa;

§ 1º O defensor do corréu também poderá fazer perguntas ao interrogando, após o Ministério Público.

§ 2º O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.”

5.4 A instrução perante o Tribunal do Júri

A disciplina do Anteprojeto, relativamente à produção da prova no âmbito do Tribunal do Júri, diverso da adotada no atual Código de Processo Penal, não guarda consideráveis diferenças no tocante ao regramento do procedimento ordinário.

A prova testemunhal, por exemplo, dá-se simetricamente ao determinado como a regra do procedimento ordinário. As testemunhas de acusação são ouvidas primeiro, sendo inquiridas direta e sucessivamente pela acusação e pela defesa, com a possibilidade de complementação da inquirição pelo juiz e, indiretamente, pelos jurados. Após, segundo o Anteprojeto, devem ser ouvidas as testemunhas de defesa, hipótese em que a defesa realiza primeiro as perguntas diretas, seguidas pela acusação e, de forma complementar, pelo juiz, diretamente, e pelos jurados, indiretamente⁴²⁶.

No que toca ao interrogatório, a correspondência entre o produzido em plenário e o disposto sobre o procedimento ordinário torna-se mais evidente, já que o conteúdo do artigo que versa sobre o primeiro, basicamente, faz remissão ao segundo, acrescentando apenas, nos §§ 1º e 2º, a possibilidade da formulação indireta – intermediada pelo juiz presidente – de perguntas pelos jurados e a proibição da utilização de algemas no acusado durante o período em que permanecer em plenário, exceto se imprescindível⁴²⁷.

Assim, no que toca ao regramento específico da produção da prova em plenário e a aproximação do sistema processual ao sistema *adversarial*, não há verificações a se fazer

⁴²⁶ Veja-se: “Art. 375. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações da vítima, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º Ao final das inquirições, o juiz presidente poderá formular perguntas aos depoentes para esclarecimento de dúvidas, obscuridades ou contradições.

§ 2º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos, no mais, a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 3º Os jurados poderão formular perguntas à vítima e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§ 4º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

§ 5º O acusado terá assento ao lado de seu defensor.”.

⁴²⁷ Veja-se: “Art. 376. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III, do Título IV, do Livro I, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º Os jurados poderão formular perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 2º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”.

que já não tenham sido apontadas. Há, porém, uma reflexão, em nível generalizado, que emerge.

Historicamente, o procedimento do Tribunal do Júri sempre foi um modelo de definição dos fatos muito mais calcado no protagonismo das partes do que o procedimento ordinário. Assim, seja pelo processo *adversarial*, como demonstrado no Capítulo 2, ter se desenvolvido atrelado à tradição jurídica da *common law* – que, por sua vez, associa-se estreitamente ao julgamento por júri –, seja pelas suas próprias características, o fato é que há clara aproximação da ideia do Tribunal do Júri com o processo *adversarial*⁴²⁸.

E, nesse sentido, tamanha semelhança entre o tratamento da produção da prova estabelecido para o procedimento do júri e o procedimento ordinário pode, nesse ponto, simbolizar uma aproximação das racionalidades que os fundamentam. É, pois, de se imaginar que, perante a legislação projetada, ou o procedimento ordinário movimentou-se no sentido de se *adversarializar*, ou o procedimento do júri pendeu para um aspecto menos *adversarial*. Ao que se nota, portanto, o regramento quase idêntico das instruções processuais indica que, em geral, o sistema processual penal tem se enviesado em favor da determinação competitiva dos fatos, estabelecendo-se cada vez mais intensamente o protagonismo das partes na gestão probatória.

5.5 A prova emprestada

O Anteprojeto não previu a regulamentação da disciplina da prova emprestada. No seu trâmite, porém, foi incluído, no atual artigo 169 do PL nº 8.045/2010, a sua previsão.

A redação do artigo aparenta, de certo modo, desnaturar a atual construção do instituto ao prever a admissão da prova emprestada produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada⁴²⁹.

⁴²⁸ Desenvolveram-se, no item 1.1.2 desta dissertação, bases que sustentam a afinidade entre as características dos ordenamentos provenientes da tradição da *common law* e o processo *adversarial*.

⁴²⁹ Veja-se: “Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

§ 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada.

No caso, abre-se margem para interpretação segundo a qual provas orais, por exemplo, produzidas em processo administrativo – e, portanto, na ausência de juiz natural – podem ser transladadas para o processo criminal. Some-se a isso o fato de o conceito de prova judicial não admitir, em regra, a sua não produção em juízo, razão pela qual se entende, aqui, por problemático e inaplicável o instituto da prova emprestada do modo como está previsto na legislação em trâmite⁴³⁰.

Todavia, caso ocorra, na esfera legislativa, o devido abalizamento do instituto, de modo a compatibilizá-lo com as garantias constitucionais – à semelhança da construção atualmente elaborada pela doutrina e pela jurisprudência nacionais –, o instituto não diminuirá ou acentuará a carga de confronto em relação ao atualmente previsto – como se observou no item 4.7, admitindo-se que a prova emprestada possa dar-se sem que ambos os processos contemplem a figura do mesmo juiz, há alguma supressão da ideia da imediação, acarretando na diminuição da carga combativa na produção da prova e consequente afastamento da ideia *adversarial*.

5.6 A produção da prova no âmbito dos Tribunais

Como se observou no capítulo anterior, as produções da prova em nível recursal e nos processos de competência originária dos Tribunais representam grandes limitadores ao nível de confronto sob o qual o processo se desenvolve, representando certo afastamento do sistema processual penal relativamente à concepção *adversarial* de processo.

A legislação processual penal projetada, por sua vez, visa à regulamentação do assunto.

§ 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.”

⁴³⁰ Nessa linha, veja-se: “O primeiro requisito que tem sido exigido pela doutrina para que a prova produzida em um processo possa ser validamente utilizada em outro processo é que tenha sido produzida *na presença do juiz natural*. Tal exigência não significa que, em ambos os processos, o juiz deva ser o mesmo. Não se trata de identidade física do juiz. O juiz natural, nesse contexto, deve ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional. Obviamente, não se poderá emprestar provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais, com as resultantes de processos administrativos (por exemplo: processos administrativos disciplinares), de inquéritos policiais por fatos diversos, ou em processo arbitrais.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, n. 106, p. 163, grifou-se).

A propósito da produção da prova em nível recursal, o Anteprojeto não fez nenhuma previsão, mas, no trâmite legislativo, foi incluído o atual artigo 487 do PL nº 8.045/2010, o qual prevê que no julgamento das apelações o Tribunal, Câmara, Turma ou outro órgão fracionário competente poderá, mediante requerimento do apelante, proceder a novo interrogatório, reinquirição das testemunhas ou outras diligências⁴³¹.

Já sobre os julgamentos dos processos de competência originária dos Tribunais, o artigo 305 do Anteprojeto indica a observação, no cabível, das regras do procedimento originário, mas determina a prática da instrução do processo mediante expedição de carta de ordem. Faz, ainda, a ressalva de que, se assim desejar a defesa, o interrogatório poderá ser realizado diretamente no Tribunal, e que o relator ou Tribunal poderão, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida⁴³².

Na tramitação do Anteprojeto nas Casas Legislativas, por ora a modificação acerca do tema se deu apenas no tocante ao *caput* do artigo 305 – renumerado para o artigo 317 do PL nº 8.045/2010 –, de modo a estabelecer que o relator poderá determinar a expedição da carta de ordem⁴³³, tornando, portanto, facultativa essa possibilidade e, pela exegese literal, possibilitando que a prática dos atos se dê perante a autoridade incumbida do julgamento.

É visível, diante do que se observou em referência ao Código de Processo Penal vigente, que a legislação projetada intensifica, em parte, a gestão probatória das partes. No caso dos julgamentos das apelações, atualmente a realização de nova instrução se dá em função da vontade do julgador. Na legislação projetada, a nova prática dos atos discutidos é procedida por intermédio de requerimento das partes. Transfere-se, nesse aspecto, o protagonismo às partes, o que aproxima o sistema da concepção de determinação dos fatos mediante disputa.

⁴³¹ Veja-se: “Art. 487. No julgamento das apelações, o tribunal, câmara, turma ou outro órgão fracionário competente poderá, mediante requerimento do apelante, proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”.

⁴³² Veja-se: “Art. 305. Recebida a peça acusatória, o relator determinará a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

§ 1º O interrogatório do acusado poderá ser realizado diretamente no tribunal, se assim o requerer a defesa, em dia e horário previamente designados.

§ 2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.”.

⁴³³ Veja-se: “Art. 317. Recebida a peça acusatória, o relator *poderá* determinar a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário.

§ 1º O interrogatório do acusado poderá ser realizado diretamente no tribunal, se assim o requerer a defesa, em dia e horário previamente designados.

§ 2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.” (grifou-se).

Além disso, em particular em comparação com o atualmente em vigor, insta frisar a determinação da lei projetada que permite a imposição, pela defesa, da prática da oitiva do acusado perante o julgador do mérito nos casos dos julgamentos de competência originária dos Tribunais. Nesse aspecto, assim, vislumbra-se apreço, ao menos no campo do interrogatório, à imediação, o que culmina em alguma aproximação em relação ao sistema *adversarial*.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo, mediante a análise da lei brasileira, traçar se havia um movimento de aproximação da regulamentação da produção da prova oral no sistema probatório brasileiro em matéria penal relativamente ao sistema processual penal *adversarial* e, em caso afirmativo, identificar os elementos indicativos desse movimento e os seus limites. Para tanto, adotou-se a metodologia associada ao conceito weberiano de “tipos ideais”, segundo o qual não são constatáveis, na realidade prática, sistemas que correspondam *in totum* aos tipos definidos. Dessa análise, inferiu-se o que se segue.

- 1 O conceito de sistema processual *adversarial* se contrapõe ao de sistema processual *inquisitorial*.
- 2 O sistema *adversarial* caracteriza-se, em linhas gerais, pela determinação dos fatos em virtude do resultado de uma disputa justa em juízo entre as partes, sendo-lhes incumbida a gestão probatória. Alicerça-se, assim, em torno da compreensão do confronto e do protagonismo das partes.
- 3 O processo *inquisitorial*, por sua vez, parte de uma ideia centrada no julgador. Fundamenta-se na concepção de que as provas são produzidas para o juiz, motivo pelo qual a sua atuação na produção da prova é significativa, bem como prioriza o intento da máxima acumulação de elementos probatórios.
- 4 Não há esquema de determinação de fatos epistemologicamente perfeito. O processo relativo a determinado ordenamento jurídico terá suas feições estabelecidas pela ponderação entre a percepção do modo mais apto – em termos de acertamento judicial – de desenvolvimento do processo e os ditames político-morais que contemplam a essência do pensamento, em seu conjunto, da sua sociedade. Esses elementos podem variar, e essa variação refletirá nas características dos correspondentes sistemas processuais adotados.
- 5 Assume-se o confronto como a espinha dorsal do sistema *adversarial*, sendo de ampla utilidade as lições de Stefano Maffei, que indica seis elementos nos quais, no contexto probatório, desdobra-se esse direito: (1) a publicidade; (2) a presença do imputado; (3) a presença do juiz e dos jurados; (4) a obrigação de dizer a verdade; (5) a revelação da identidade de quem depõe; e (6) o confronto dialético.
- 6 De modo semelhante, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece como conteúdo do *Right of Confrontation*: (1) a prestação do testemunho sob juramento – o que se identifica com o dever de dizer a verdade; (2) a oportunidade de realização do exame cruzado *pari passu* à tomada do

depoimento; e (3) a capacidade do juiz e dos jurados – aqueles que possuem poderes decisórios – de apreciar o comportamento da vítima durante o testemunho.

7 Procedeuse à reconstrução histórica da gênese da noção de processo que permeia o sistema *adversarial* em matéria penal e se identificou esse surgimento como ocorrido no direito inglês dos séculos XVIII e anteriores, e, então, por meio do cruzamento dos registros dos julgamentos do Tribunal de *Old Bailey* e das obras de doutrinadores que se propuseram a essa reconstrução, expôs-se, em termos gerais, as condições sociais e políticas que culminaram na formação do primeiro processo penal *adversarial*.

8 Entre as peculiaridades desse desenvolvimento, destaca-se que a aceitação e o fortalecimento do papel do advogado de defesa foram fundamentais no estabelecimento de um verdadeiro confronto no âmbito processual.

9 Pelas análises da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, de aspectos gerais da Lei nº 9.099/1995 e das exposições de motivos dos projetos de lei que deram origem às reformas processuais de 2008, evidenciou-se o desenvolvimento da cultura jurídica processual pátria em direção a uma mentalidade processual mais centrada na atuação das partes e no confronto.

10 Entende-se *produção da prova oral* como a atividade de inserção, no campo do processo, mediante expressão oral, dos elementos probatórios que servem de base à atividade cognitiva do julgador na formação da sua convicção.

11 No que toca à prova testemunhal, a redação original do Código de Processo Penal, essencialmente, atrelou-se à racionalidade *inquisitorial*. Se, por um lado, a oralidade e o contraditório foram definidos como regra, outros elementos tornam incontestável o tratamento *inquisitorial* dado pela legislação anterior, quais sejam, (1) a forma como se regulamentou a inquirição de testemunhas; (2) as atribuições relativamente amplas de iniciativas instrutórias ao juiz penal; (3) a possibilidade da oitiva de determinados indivíduos sem que lhes fosse necessário prestar compromisso de dizer a verdade; (4) a produção em determinadas situações da prova testemunhal mediante carta precatória; e (5) a possibilidade de retirada do réu da sala de audiências, em determinadas hipóteses.

12 As reformas às quais a disciplina da prova testemunhal se submeteu modificaram, substancialmente, esse panorama, com a introdução de disposições que colocaram as partes no protagonismo da inquirição das testemunhas e que permitiram o uso da videoconferência nas hipóteses de carta precatória e de necessária retirada do réu da sala de audiências.

13 No que tange ao interrogatório, os pontos nevrálgicos da redação original do Código de Processo Penal que demonstravam incompatibilidade com a racionalidade *adversarial* consistiam na sua

idealização apenas como meio de prova e nos decorrentes empecilhos ao exercício pleno de algum tipo de direito ao silêncio. Ademais, havia, nas disposições que o regulamentavam, evidentes sinais – como a previsão do reinterrogatório – de que se tratava de um ato destinado ao juiz. Por fim, o procedimento constituído em 1941 definitivamente não estabelecia o protagonismo das partes, já que as alienava da condução do interrogatório e as impedia de formularem perguntas ao acusado.

14 Com as alterações perpetradas, a essência do interrogatório se modificou e a sua natureza comparativamente se aproximou de uma compreensão *adversarial*. O momento de sua realização foi deslocado para o final da instrução, em conformidade com o seu entendimento como meio de defesa. Estabeleceu-se a presença obrigatória do defensor durante o interrogatório e, por conseguinte, construiu-se a visão do advogado da parte como imprescindível à administração da justiça, colocando-se ênfase na atuação das partes, que passaram a poder formular perguntas, de modo indireto, ao acusado. De igual maneira ao que ocorre no tocante às testemunhas, surgiram previsões acerca da realização do interrogatório por videoconferência. O direito ao silêncio, por sua vez, desenvolveu-se consideravelmente ao ser suprimida a consignação das perguntas não respondidas e fixada a impossibilidade de interpretação do silêncio em prejuízo da defesa.

15 No que se refere à prova pericial, a redação original do Código de Processo Penal também a delineou com caráter essencialmente *inquisitorial*. As modificações operadas na sua disciplina não alteraram peremptoriamente esse contexto – ao menos a ponto de se dizer que se estabeleceu uma estrutura *adversarial* na produção da prova pericial –, mas duas questões instauraram, de forma relevante, mais conflito nesse panorama, quais sejam, a figura do assistente técnico e a possibilidade de as partes requererem a oitiva do perito.

16 No universo do Tribunal do Júri, mesmo no sistema originário implantado pelo Código de Processo Penal, os julgamentos em plenário se aproximavam muito mais de uma concepção *adversarial* do que aqueles que se submetiam ao procedimento ordinário. Isso não significa, todavia, que todas as disposições acerca da produção da prova oral em plenário se coadunavam com esse sistema processual.

17 A legislação de 1941, por exemplo, previa o interrogatório como ato inicial da instrução em plenário, seguido pelas oitivas das testemunhas de acusação e de defesa, nessa ordem. As reformas de 2008 deslocaram-no para o momento final da instrução. Houve, também, alteração no sentido de se realizar a formulação direta de perguntas pelas partes ao acusado, atribuindo-lhes maior protagonismo na gestão das provas – é bem verdade que essa gestão não é exclusiva, pois o juiz permaneceu sendo o primeiro a fazer as perguntas, possuindo, portanto, função mais que suplementar na prática do ato. Por fim, a lei de 2008 também determinou a proibição da utilização

de algemas no acusado em plenário, exceto se imprescindível. Em todas essas perspectivas, as modificações operadas se amoldam, de certa maneira, à percepção *adversarial*.

18 No tocante à produção da prova testemunhal perante o Tribunal do Júri, havia aspectos, mesmo nas disposições originárias do Código de Processo Penal, muito mais ligados ao sistema *adversarial* do que aqueles contidos no procedimento ordinário, como a inquirição direta das testemunhas. Ao juiz, de modo semelhante ao do interrogatório atual, coube a primeira inquirição das testemunhas, e a lei de 2008 não alterou esse panorama, não atribuindo, aqui também, a gestão da prova exclusivamente às partes.

19 Ainda sobre o procedimento da produção da prova perante o Tribunal do Júri, a reforma de 2008, ao instituir a possibilidade do requerimento para leitura em plenário apenas das peças que se refiram à carta precatória e às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, proibiu, *a contrario sensu*, a leitura de quaisquer outras peças, definindo como regra a produção da prova em plenário. Isso implica prestígio explícito à oralidade, introduzindo consideráveis doses de confronto ao processo do Tribunal do Júri.

20 Em referência à disciplina da prova emprestada e da oitiva do colaborador, a legislação não regulamenta a primeira e, no caso da segunda, essa regulamentação se dá de modo pouco amplo, motivo pelo qual não se pode tecer considerações conclusivas que respondam à pergunta central deste trabalho.

21 O artigo 155 do CPP atualmente prevê, como regra, a produção da prova em contraditório judicial, coadunando-se com a ótica *adversarial*. As provas cautelares, não repetíveis e antecipadas dizem respeito a hipóteses de restrita amplitude e não têm o condão de alterar a essência do sistema em termos de direito ao confronto e de protagonismo das partes.

22 Por fim, em relação a um dos pontos estranguladores do tema, discorreu-se sobre a produção da prova oral perante os Tribunais, verificando-se que ela se dá ou nas hipóteses de julgamento de recursos ou nas de processo de competência originária dos Tribunais.

23 No caso dos julgamentos de recursos, para o seu estudo foi realizado um recorte e analisado o âmbito do julgamento da apelação, o recurso por excelência previsto pela legislação processual penal. A propósito, o modo como o Código de Processo Penal determinou a produção da prova no seu julgamento afastou, em larga escala, o arcabouço processual do sistema *adversarial*. Esse diploma processualista não só deixou de impor que a prova fosse necessariamente produzida perante o julgador do recurso, mas alienou as partes da iniciativa de requerer que isso ocorresse. Atribuiu-se, assim, nesse contexto, exclusivamente ao julgador a iniciativa da produção das provas em sua presença.

- 24** No que diz respeito à produção da prova nos processos de competência originária dos Tribunais, a conclusão é semelhante, já que a leitura da Lei nº 8.038/1990 indica que a produção da prova deve dar-se por delegação.
- 25** A legislação processual penal projetada, de modo geral, alinha-se às modificações perpetradas no Código de Processo Penal pelas reformas de 2008.
- 26** Algumas inovações, porém, merecem destaque. Na disciplina da prova testemunhal, relativamente a depoimentos de crianças e adolescentes, a expressa preocupação do proponente legislativo com a vitimação das testemunhas e com a revitimação das vítimas e as consequentes diminuições pontuais da carga de confronto delas resultantes podem representar vestígios da aproximação do sistema delineado com ideais *adversariais*.
- 27** No que concerne ao interrogatório, a supressão do reinterrogatório e a previsão de inquirição direta do acusado pelas partes, com atuação apenas suplementar do juiz, afastam o sistema do conceito *inquisitorial*.
- 28** No âmbito da produção da prova perante os Tribunais, as novidades foram, para o julgamento do recurso de apelação, a possibilidade da produção das provas em grau recursal mediante requerimento das partes – e não mais apenas mediante a vontade do julgador – e, no tocante aos processos de competência originária dos Tribunais, a possibilidade de a defesa impor a prática do interrogatório na presença dos julgadores de fato, excluindo, nessas hipóteses, a sua prática por delegação.
- 29** Uma forte verificação no campo estudado dá conta que, no que diz respeito à regulamentação da produção da prova perante o júri, o Anteprojeto traçou direta correspondência com o procedimento ordinário. Disso pôde-se inferir que o procedimento ordinário se apresenta cada vez mais com feições *adversariais*.
- 30** Em suma, percebe-se, em relação ao sistema processual penal brasileiro, nítida tendência ao estabelecimento, em termos de regulamentação da produção da prova oral, de um sistema *adversarial*.
- 31** Não obstante, verifica-se também certa resistência à adoção dessa ótica, daí decorrendo considerável timidez na atual regulamentação de todas as condições para que isso ocorra.
- 32** Em termos comparativos, o processo hoje estabelecido é muito mais calcado na resolução competitiva dos fatos com gestão probatória das partes do que o estabelecido em 1941, e os obstáculos sublinhados que impedem que se considere o sistema atual como *adversarial* são superáveis. É pertinente reconhecer que a transição ocorrida na Inglaterra dos séculos XVIII e

anteriores não foi repentina e, como se destacou, muito menos ocorreu sem que houvesse opositores à percepção que germinava.

33 Assim, é razoável afirmar-se que há um movimento de *adversarialização* do processo penal brasileiro em curso. Apesar da existência de limitações consideráveis a que esse movimento se desenrole plenamente, a racionalidade que define esse “tipo ideal”, base para a elaboração da presente dissertação, demonstra ocupar cada vez mais espaço na discussão jurídica.

34 Ressalta-se que, mesmo na própria regulamentação dos procedimentos, algumas questões escapam ao recorte deste trabalho, ou seja, questões alheias à regulamentação da produção da prova oral e que eventualmente podem também apontar para essa tendência.

35 Refoge ao escopo desta dissertação fazer qualquer tipo de previsão, mas a ideia de estabelecer a determinação dos fatos mediante disputa e o protagonismo das partes no processo penal demonstram, já há certo tempo, penetrar no pensamento jurídico brasileiro, e, nele, formar raízes.

REFERÊNCIAS

AMODIO, Ennio. The Accusatorial System lost and regained: reforming criminal procedure in Italy. *American Journal of Comparative Law*, v. 52, Issue 2, p. 489-500, 2004.

_____. *Processo penale, diritto Europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffré, 2003.

_____; Selvaggi, Eugenio. an accusatorial system in a civil law country: the 1988 Italian Code of Criminal Procedure. *Temple Law Review*, v. 62, Issue 4, p. 1211-1224, 1989.

ANASTASI, Anne. *Fields of applied Psychology*. 2. ed. New York: McGraw-Hill Book Company, 1979.

ANSTEAD, Harry Lee. Limitations of the adversary approach in our criminal justice system. *St. Thomas Law Review*, v. 9, n. 3, p. 493-504, Spring 1997.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARANHA, Adalberto José T. Q. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O cross-examination como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. 250 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

AROCA, Juan Montero. *La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal*. In: X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA, nov. 12-14, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/76717270/Congreso-Azul-2008-Montero-Aroca>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. El significado actual del llamado principio acusatorio. In: COLOMER, Juan-Luis; CUSSAC, José-Luis. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ASIMOV, Michael. Popular culture and the adversary system. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 40, Issue 2, p. 653-686, Winter 2007.

BACKUS, Mary Sue. The adversary system is dead; long live the adversary system: the trial judge as the great equalizer in criminal trials. *Michigan State Law Review*, v. 2008, Issue 4, p. 945-994, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev. 2014.

_____. Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008.

BARNHIZER, David. The virtue of ordered conflict: a defense of the adversary system. *Nebraska Law Review*, v. 79, Issue 3, p. 657-710, 2000.

BAUR, F. Trowbridge vom. Adversary administrative proceedings: the problem of laymen as trial counsel. *American Bar Association Journal*, v. 37, n. 10, p. 747-749, 1951.

BEATTIE, J. M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v. 9, n. 2, p. 221-267, 1991.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 269, p. 6-7, abr. 2015.

BECKHAM, Walter H. Jr. Preservation of the adversary system. *Commercial Law Journal*, v. 78, Issue 3, p. 77-81, 1973.

BELLIOTTI, Raymond A. Our adversary system: in search of a foundation. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 1, Issue 1, 19-34, Jan. 1988.

BERGER, Todd. The ethical limits of discrediting the truthful witness: how modern ethics rules fail to prevent truthful witnesses from being discredited through unethical means. *Marquette Law Review*, v. 99, Issue 2, p. 283-362, Winter 2015.

BLINKA, Daniel D. Ethics, evidence, and the modern adversary trial. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 19, Issue 1, p. 1-58, 2006.

BLONDEL, Erin C. Victims' rights in an adversary system. *Duke Law Journal*, v. 58, n. 2, p. 237-274, 2008.

BONFIM, Daniela; DIDIER JUNIOR, Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodvum, 2016.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 15-16, jul. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Freddie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodvum, 2008. v. 2.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. t. 2.

BUNDY, Stephen McG. The Policy in favor of settlement in an adversary system. *Hastings Law Journal*, v. 44, Issue 1, p. 1-78, 1992.

_____; ELHAUGE, Einer Richard. Do lawyers improve the adversary system – a general theory of litigation advice and its regulation. *California Law Review*, v. 79, Issue 2, p. 313-420, 1991.

CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodvum, 2016.

CAIRNS, David J. *Advocacy and the making of the Adversarial Criminal Trial: 1800-1865*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COCK, Raymond C. The Bar at Assizes: Barristers on Three Nineteenth Century circuits. *Kingston Law Review*, v. 6, p. 36-52, 1976.

COHEN, Elliot D. Pure legal advocates and moral agents: two concepts of a lawyer in an adversary system. *Criminal Justice Ethics*, v. 4, Issue 1, p. 38-59, 1985.

COLOMER, Juan-Luis Gómez (Org.). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____; CUSSAC, José-Luis. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

COTTERRELL, Roger. Comparative law and legal culture. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COUGHLAN, Stephen G. The adversary system: rhetoric or reality. *Canadian Journal of Law and Society*, v. 8, Issue 2, p. 139-170, Fall 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COX, Joseph A. Anglo-American legal history. *Cleveland-Marshall Law Review*, v. 7, Issue 3, p. 565-578, 1958.

CRAMTON, Roger C. Furthering Justice by improving the adversary system and making lawyers more accountable. *Fordham Law Review*, v. 70, Issue 5, p. 1599-1614, 2002.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. A Lei n. 10.792/03, o contraditório e o conservadorismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 135, p. 7-8, fev. 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

CUNGI, Donatella. The reformed Italian Code of Criminal Procedure: what happened to Its Accusatorial Soul, five years after Its adoption. *Digest: National Italian American Bar Association Law Journal*, v. 2, p. 23-34, 1994-1995.

DAMAŠKA, Mirjan. The quest for due process in the Age of Inquisition. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, Issue 4, p. 919-954, Fall 2012.

_____. Epistemology and legal regulation of proof. *Law, Probability and Risk*, v. 5, Issue 3 and 4, p. 255-266, Sept./Dec. 2006.

_____. Models of Criminal Procedure. *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, v. 51, Issue 3-4, p. 477-516, 2001.

_____. Truth in adjudication. *Hasting Law Journal*, v. 49, Issue 2, p. 289-308, Jan. 1998.

_____. *Evidence law adrift*. New Haven and London: Yale University Press, 1997.

_____. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, Issue 4, p. 839-852, Fall 1997.

_____. Free proof and its detractors. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, Issue 3, p. 343-358, Summer 1995.

_____. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

_____. The reality of prosecutorial discretion: comments on a German monograph. *American Journal of Comparative Law*, v. 29, Issue 1, p. 119-138, Winter 1981.

_____. Presentation of evidence and factfinding precision. *Univeristy of Pennsylvania Law Review*, v. 123, Issue 5, p. 1083-1106, May 1975.

_____. Evidentiary Barriers to conviction and two models of Criminal Procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, Issue 3, p. 506-589, Jan. 1973.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative law: study of similarities or differences?. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DE FRANCIS, Vincent. Protecting the child victim of sex crimes committed by adults. *Federal Probation*, v. 35, n. 3, p. 15-20, Sept. 1971.

DELMAS-MARTY, Mireile. *Por um direito comum*. Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEMLEITNER, Nora V. More than just evidence: reviewing Mirjan Damaska's evidence law adrift. *American Journal of Comparative Law*, v. 47, Issue 3, p. 515-534, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

DORAN, Sean. A Comment on Gordon Van Kessel's Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: an adversary-oriented approach. *Hastings Law Journal*, v. 49, Issue 3, p. 591-598, Mar. 1998.

FABRI, Marco. Theory versus practice of Italian Criminal Justice reform. *Judicature*, v. 77, Issue 4, p. 211-216, 1994.

FIELDING, Henry. *An enquiry into the causes of the late increase of Robbers and related writings &c. with some proposals for remedying this growing evil*. 2. ed. London: A. Miller, 1751.

FINDLEY, Keith A. Innocents at risk: adversary imbalance, Forensic Science, and the search for truth. *Seton Hall Law Review*, v. 38, Issue 3, p. 893-974, 2008.

FISHER, Caitlinrose; MONDALE, Walter F; STEIN, Robert A. No longer a neutral magistrate: the Foreign Intelligence Surveillance Court in the wake of the war on terror. *Minnesota Law Review*, v. 100, Issue 6, p. 2251-2312, June 2016.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2013.

FRANKEL, Marvin E. *Partisan Justice*. New York: Hill and Wang, 1980.

FREEDMAN, Monroe H. Judge Frankel's search for truth. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 123, n. 5, p. 1060-1066, 1975.

_____. Our constitutionalized adversary system. *Chapman Law Review*, v. 1, p. 57-90, 1998.

GAROFANO, Anthony. Avoiding virtual justice: video-teleconference testimony in Federal Criminal Trials. *Catholic University Law Review*, v. 56, n. 2, p. 683-714, Winter 2007.

GLENN, H. Patrick. Comparative legal families and comparative legal traditions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GOLDZBAND, Melvin G. Schizophrenia in Adversary Arena. *California Western Law Review*, v. 12, Issue 2, p. 247-283, Winter 1976.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61, ago. 2016.

_____. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005.

_____. *Sobre o direito a prova no processo penal*. 1995. 195 f. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOODPASTER, Gary. On the theory of American Adversary Criminal Trial. *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, v. 78, n. 1, p. 118-154, 1987.

_____. The adversary system, advocacy, and effective assistance of Counsel in criminal cases. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 14, Issue 1, p. 59-92, 1986.

GORDLEY, James. Comparative law and legal history. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Traduzido por Mariano Ruiz-Funes. 5. ed. Madrid: Reus, 1971.

GREENSPAN, Edward L. The future role of defence counsel. *Saskatchewan Law Review*, v. 51, Issue 2, p. 199-216, 1986.

GRIFFITHS, John. Ideology in Criminal Procedure or a third model of the Criminal Process. *Yale Law Journal*, v. 79, Issue 3, p. 359-417, 1970.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. O interrogatório como meio de defesa – Lei 10.792/2003. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 185-200, mar./abr. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.

_____. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*, v. 3, n. 1, p. 15-31, 1976.

_____ et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Traduzido por Constancio Bernaldo de Quirós. Puebla: Editorial Jose M. Cajica Jr., 1952.

GUDJONSSON, Gisli H. The Psychology of false confessions. *Medico-Legal Journal*, v. 57, Issue 2, p. 93-110, 1989.

HAY, Douglas. The criminal prosecution in England and its historians. *Modern Law Review*, v. 47, Issue. 1, p. 1-29, 1984.

_____. Crime and justice in Eighteenth- and Nineteenth-Century England. *Crime and Justice: an annual review of research*, v. 2, p. 45-84, 1980.

HENDLER, Edmundo S. *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires: Didot, 2014.

HERRMANN, Joachim. The Anglo-American as opposed to the Continental approach to Criminal Law. *De Jure*, v. 14, Issue 1, p. 39-67, 1981.

HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Bloomington: Indiana University Press, 1966.

HOSTETTLER, John. *Fighting for justice: the history and origin of adversary trial*. Sheffield Gables: Waterside Press, 2006.

HUTTON, Mary Christine. Child sexual abuse cases: reestablishing the balance within the adversary system. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 20, n. 2, p. 491-542, Winter 1987.

JACKSON, John D. Playing the culture card in resisting cross-jurisdictional transplants: a comment on legal processes and national culture. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 5, Issue 1, p. 51-68, 1997.

_____; SUMMERS, Sarah J. *The internationalisation of criminal evidence: beyond the common law and civil law traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

JANESEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JIMENO-BULNES, Mar. American criminal procedure in a European context. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 409- 459, 18 Mar. 2013.

JONAKATT, Randolph N. The rise of the American adversary system: America before England. *Widener Law Review*, v. 14, Issue 2, p. 323-356, 2009.

KEETON, Robert E. Time limits as incentives in an adversary system. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 137, n. 6, p. 2053-2058, 1989.

KESSEL, Gordon van. Adversary excesses in the American Criminal Trial. *Notre Dame Law Review*, v. 667, Issue 3, p. 403-552, 1992.

KÖTZ, Hein. The reform of the adversary process. *University of Chicago Law Review*, v. 48, Issue 2, p. 478-486, Spring 1981.

_____. The role of judge in the Court-Room: the common law and civil law compared. *Journal of South African Law*, v. 1987, Issue 1, p. 35-43, 1987.

KRUPP, David J. Re-Examining the adversary system. *Litigation*, v. 3, n. 2, p. 3-51, 1977.

LAI, Ho Hock. *A Philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LANDSMAN, Stephan. Of mushrooms and nullifiers: rules of evidence and the American jury. *Saint Louis University Public Law Review*, v. 21, Issue 1, p. 65-84, 2002.

_____. From Gilbert to Bentham: the reconceptualization of evidence theory. *Wayne Law Review*, v. 36, Issue 3, p. 1149-1186, 1990.

_____. Rise of the contentious spirit: adversary procedure in Eighteenth Century England. *Cornell Law Review*, v. 75, Issue 3, p. 497-609, Mar. 1989-1990.

_____. Reforming adversary procedure: a proposal concerning the Psychology of memory and the testimony of disinterested witnesses. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 45, Issue 3, p. 547-624, 1984.

_____. A brief survey on the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, v. 44, Issue 3, p. 713-742, 1983.

_____. The decline of the adversary system and the changing role of the advocate in that system. *San Diego Law Review*, v. 18, Issue 2, p. 251-262, 1981.

_____. The decline of the adversary system: how the rhetoric of swift and certain justice has affected adjudication in American Courts. *Buffalo Law Review*, v. 29, Issue 3, p. 487-530, Summer 1980.

LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. The prosecutorial origins of defence in the Eighteenth Century: the appearance of solicitors. *Cambridge Law Journal*, v. 58, Issue 2, p. 314-365, July 1999.

LANGBEIN, John H. Historical foundations of the law of evidence: a view from the Ryder Sources. *Columbia Law Review*, v. 96, Issue 5, p. 1168-1202, June 1996.

_____. The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law. *Michigan Law Review*, v. 92, Issue 5, p. 1047-1085, Mar. 1994.

_____. Mixed Court and Jury Court: could the Continental alternative fill the American need?. *American Bar Foundation Research Journal*. v. 1981, Issue 1, p. 195-220, Winter 1981.

_____. Understanding the short history of plea bargaining. *Law & Society Review*, v 13, Issue 2, p. 261-272, Winter 1979.

_____. The criminal trial before the lawyers. *University of Chicago Law Review*, v. 45, Issue 2, p. 263-316, Winter 1978.

_____. The origins of public prosecution at common law. *American Journal of Legal History*. v. 17, Issue 4, p. 313-335, October 1973.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, p. 1-64, 2004.

LAWRY, Robert P. Lying, confidentiality, and the adversary system of justice. *Utah Law Review*, v. 1977, p. 653-696, Issue 4, 1977.

LEGRAND, Pierre. *Le droit comparé*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.

LEVINE, Murray. The adversary process and social science in the courts: Barefoot v. Estelle. *Journal of Psychiatry and Law*, v. 12, Issue 2, p. 147-182, Summer 1984.

LI, Changsheng. Adversary System Experiment in Continental Europe: several lessons from the Italian experience. *Journal of Politics and Law*, v. 1, Issue 4, p. 13-21, 2008.

LIBAI, David. The protection on the child victim of a sexual offense in the Criminal Justice System. *Wayne Law Review*, v. 15, n. 3, p. 977-1032, Spring 1969.

LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony and event perception. *University of Bridgeport Law Review*, v. 8, Issue 1, p. 7-14, 1987.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUBAN, David. Taking out the adversary: The assault on progressive public-interest lawyers. *California Law Review*, v. 91, Issue 1, p. 209-246, 2003.

LUNA, Erik G. The models of criminal procedure. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 2, Issue 2, p. 389-534, 1999.

MACK, Raneta Lawson. It's broke so let's fix it: using a quasi-inquisitorial approach to limit the impact of bias in the American Criminal Justice System. *Indiana International & Comparative Law Review*, v. 7, Issue 1, p. 63-94, 1996.

MAFFEI, Stefano. *Giusto processo e diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore*. 2004. 251 p. Tesi (Dottorato in Diritto Penale e Procedurale) – Università di Genova, Genova, 2004. Disponível em: <<https://www.tesionline.it/tesi/8992/Giusto-processo-e-diritto-dell%27imputato-a-confrontarsi-con-l%27accusatore>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MATTEI, Ugo. Comparative law and critical legal studies. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury trials and plea bargaining: a true history*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

MCEWAN, Jenny. *Evidence and the adversarial process – the modern law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 1998.

MCGOWEN, John D. The battle of the processes. *California Law Review*, v. 28, Issue 3, p. 277-296, 1940.

MCGOWEN, Randall. The image of Justice and reform of the Criminal Law in early Nineteenth-Century England. *Buffalo Law Review*, v. 32, Issue 1, p. 89-126, 1983.

MCKITTRICK, N. A. Witnesses: the most precious resource. *Journal of Criminal Law*, v. 51, Issue 2, p. 192-196, 1987.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, v. 4, p. 1-38, 2013.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The trouble with the adversary system in a post-modern, multi-cultural world. *Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics*, v. 1, p. 49-78, 1996.

_____. Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or the law of ADR. *Florida State University Law Review*, v. 19, Issue 1, p. 1-46, 1991.

METZGER, Pamela R. Fear of adversariness: using Gideon to restrict defendants' invocation of adversary procedures. *The Yale Law Journal*, v. 122, n. 8, 2013, p. 2550-2577.

MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MILLER, Arthur R. The adversary system: dinosaur or phoenix. *Minnesota Law Review*, v. 69, Issue 1, p. 1-38, Nov. 1984.

MILLER, Arthur Selwyn; BARRON, Jerome A. The Supreme Court, the adversary system, and the flow of information to the justices: a preliminary inquiry. *Virginia Law Review*, v. 61, Issue 6, p. 1187-1246, 1975.

MILLER, Richard E. Grievances, claims, and disputes: assessing the adversary culture. *Law & Society Review*, v. 15, Issue 3, p. 525-566, 1980-1981.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008.

MUNDAY, Roderick. Comparative law and English law's character evidence rules. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, Issue 4, p. 589-602, 1993.

MYERS, Eleanor W.; OHLBAUM, Edward D. Discrediting the truthful witness: demonstrating the reality of adversary advocacy. *Fordham Law Review*, v. 69, n. 3, p. 1055-1082, Dec. 2000.

NADER, Laura. A Wide-Angle on dispute management. *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, v. 10, p. 37-46, 2002.

NELSON, William E. Moral ethics, adversary justice, and political theory: three foundations for the law of professional responsibility. *Notre Dame Law Review*, v. 64, Issue 5, p. 911-931, 1989.

NESSON, Charles. The evidence or the event – on judicial proof and the acceptability of verdicts. *Harvard Law Review*, v. 98, Issue 7, p. 1357-1392, 1985.

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 85, Issue 2, p. 402-452, 1994.

PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 113, Issue 1, p. 1-68, 1964.

PANZAVOLTA, Michele. Reforms and counter-reforms in the Italian struggle for an Accusatorial Criminal Law System. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 30, Issue 3, p. 577-624, 2005.

PARK, Roger C. Exporting the hearsay provisions of the federal rules of evidence. *Boston University International Law Journal*, v. 33, Issue 2, p. 327-342, 2015.

PARKER, Jacqueline Y. The rights of child witnesses: is the court a protector or perpetrator?. *New England Law Review*, v. 17, n. 3, p. 643-693, 1981-1982.

PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial: conclusões preliminares do Grupo de Estudos do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 135, p. 2-3, fev. 2004.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an Adversarial Trial System in Italy. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, Issue 2, p. 429-466, 2004.

_____. Victims' rights: rethinking our adversary system. *Utah Law Review*, v. 1999, Issue 2, p. 349-368, 1999.

_____. The American adversary system. *West Virginia Law Review*, v. 100, Issue 4, p. 847-852, Summer 1998.

_____. Judge Frankel and the adversary system. *University of Colorado Law Review*, v. 52, Issue 3, p. 357-366, Spring 1981.

PLOSCOWE, Morris. The development of present-day criminal procedures in Europe and America. *Harvard Law Review*, v. 48, Issue 3, p. 433-473, 1935.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. New Jersey: Little, Brown and Company, 1956.

PRUD'HOMME, Tommy. The need for responsibility within the adversary system. *Gonzaga Law Review*, v. 26, Issue 2, p. 443-474, 1990.

PUE, W. Wesley. Moral panic at the English Bar: paternal vs. commercial ideologies of legal practice in the 1860s. *Law and Social Inquiry*, Issue 1, p. 49-120, 1990.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAITHBY, John. Statutes of the Realm. *British History Online*, v. 7, 1695-1701, p. 6-7, 1820. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol7/pp6-7>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

REAMEY, Gerald S. Innovation or renovation in criminal procedure: is the world moving toward a new model of adjudication. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 27, n. 3, p. 683-746, 2010.

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

REITZ, John C. Why we probably cannot adopt the German advantage in civil procedure. *Iowa Law Review*, v. 75, Issue 4, p. 987-1010, May 1990.

RHODE, Deborah L. Legal ethic in an adversary system: the persistent questions. *Hofstra Law Review*, v. 34, Issue 3, p. 641-672, Spring 2006.

RILES, Annelise. Comparative law and socio-legal studies. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

RITTER, Patricia Ann. The packaging of legal information in an adversary system of legal decision-making. *University of Toronto Faculty of Law Review*, v. 38, Issue 2, p. 143-169, 1980.

ROACH, Kent. Four Models of the criminal process. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 89, Issue 2, p. 671-716, 1999.

ROBINSON, J. Scott. The perjury dilemma in an adversary system. *Dickinson Law Review*, v. 82, Issue 3, p. 545-572, 1977.

ROSENBERG, Maurice. Resolving disputes differently: adieu to adversary justice. *Creighton Law Review*, v. 21, Issue 3, p. 801-822, 1987-1988.

ROSENFELD, Michel. The transformation of the attorney-client privilege: in search of an ideological reconciliation of individualism, the adversary system, and the corporate client's SEC disclosure obligations. *Hastings Law Journal*, v. 33, Issue 3, 1982, p. 495-550.

ROSENGREN, Kenneth. Can the adversary system survive?. *American Bar Association Journal*, v. 55, n 12, p. 1157-1159, 1969.

RUTTER, Irvin C. A Jurisprudence of lawyers' operations. *Journal of Legal Education*, v. 13, Issue 3, p. 301-400, 1960.

SALTZBURG, Stephen A. Lawyers, clients, and the adversary system. *Mercer Law Review*, v. 37, Issue 2, p. 647-700, 1986.

SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SCHULHOFER, Stephen J. The future of the adversary system. *Justice Quarterly*, v. 3, Issue 1, p. 83-94, 1986.

SCHUM, David; Tillers, Peter. Marshalling evidence for adversary litigation. *Cardozo Law Review*, v. 13, Issues 2-3, p. 657-704, 1991.

SHAPIRO, Alexander H. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696. *Law and History Review*, v. 11, Issue 2, p. 215-256, 1993.

SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SIEGEL, David M. Training the hybrid lawyer and implementing the hybrid system: two tasks for Italian legal education. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 33, Issue 2, p. 445-466, 2006.

SIEMS, Mathias. *Comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVERMAN, Hugh W. The adversary system: is it the ultimate. *Chitty's Law Journal*, v. 22, Issue 10, p. 365-365, 1974.

SPAULDING, Norman W. The rule of law in action: a defense of adversary system values. *Cornell Law Review*, v. 93, Issue 6, p. 1377-1412, 2008.

STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STEMPEL, Jeffrey W. Cultural literacy and the adversary system: the enduring problems of distrust, misunderstanding and narrow perspective. *Valparaiso University Law Review*, v. 27, Issue 2, p. 313-356, Spring 1993.

STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the Criminal Law of England*. London: Macmillan and Co., 1883. v. 1.

STRIER, Franklin D. Major problems endemic to the adversary system and proposed reforms. *Western State University Law Review*, v. 19, Issue 2, p. 463-492, Spring 1992.

SWARD, Ellen E. Values, ideology, and the evolution of the adversary system. *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 301-365, Spring 1989.

SWIFT, Eleanor. A foundation fact approach to hearsay. *California Law Review*, v. 75, n. 4, p. 1339-1428, 1987.

TARUFFO, Michelle. *A prova*. Traduzido por João Miguel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Traduzido por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

THIBAUT, John, et al. Adversary presentation and bias in legal decisionmaking. *Harvard Law Review*, v. 86, n. 2, p. 386-401, 1972.

THOMPSON, George Jarvis. Development of the Anglo-American Judicial System. *Cornell Law Quarterly*, v. 17, Issue 3, p. 395-458, 1931-1932.

THOMPSON, Robert S. Decision, disciplined inferences and the adversary process. *Cardozo Law Review*, v. 13, Issues 2-3, p. 725-782, 1991.

THORNBURG, Elizabeth G. Metaphors matter: how images of battle, sports, and sex shape the adversary system. *Wisconsin Women's Law Journal*, v. 10, Issue 2, p. 225-281, Fall 1995.

TOKSON, Matthew J. Virtual confrontation: is videoconference testimony by an unavailable witness constitutional?. *The University of Chicago Law Review*, v. 74, Issue 4, p. 1581-1614, Fall 2007.

TOMKOVICZ, James J. An adversary system defense of the right to counsel against informants: truth, fair play, and the Massiah Doctrine. *U.C. Davis Law Review*, v. 22, Issue 1, p. 1-92, 1988.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I/IV.

TRIBE, Laurence H. Seven Pluralist fallacies: In defense of the adversary process – a reply to Justice Rehnquist. *University of Miami Law Review*, v. 33, Issue 1, p. 43-58, Nov. 1978.

TWINING, William. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, v. 34, Issue 1, p. 22-42, 1984.

UNDERWOOD, Richard H. Adversary ethics: more dirty tricks. *American Journal of Trial Advocacy*, v. 6, n. 2, p. 265-310, Fall 1982.

VAN KESSEL, Gordon. European perspectives on the accused as a source of testimonial evidence. *West Virginia Law Review*, v. 100, Issue 4, p. 799-846, 1998.

_____. Hearsay hazards in the American Criminal Trial: an adversary-oriented approach. *Hastings Law Journal*, v. 49, Issue 3, p. 477-544, Mar. 1998.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017.

_____. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória*. 2017. 358 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

_____. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018.

VERKUIL, Paul R. The Ombudsman and the limits of the adversary system. *Columbia Law Review*, v. 75, n. 4, p. 845-861, 1975.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal*. 2012. 265 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VIEIRA, Marcelo Vinicius. *Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício*. 2017. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Bras: Gazeta Jurídica, 2014.

VOLKMANN-SCHLUCK, Thomas. Continental European criminal procedures: true or illusive model. *American Journal of Criminal Law*, v. 9, Issue 1, p. 1-32, 1981.

WALKER, Laurens; THIBAUT, John; ANDREOLI, Virginia. Order of presentation at trial. *Yale Law Journal*, v. 82, Issue 2, p. 216-226, 1972.

WANGERIN, Paul T. The political and economic roots of the Adversary System of Justice and alternative dispute resolution. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 9, Issue 2, p. 203-242, 1994.

WASSERMAN, David. Should a good lawyer do the right thing – David Luban on the morality of adversary representation. *Maryland Law Review*, v. 49, Issue 2, p. 392-423, 1990.

WATT, Horatia Muir. Globalization and comparative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Traduzido por José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WEIGEND, Thomas. Should we search for the truth, and who should do it. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36, Issue 2, p. 389-416, 2011.

WEINREB, Lloyd L. The adversary process is not an end in itself. *Journal of the Institute for the Study of Legal Ethics*, v. 2, p. 59-64, 1999.

WENDEL, W. Bradley. Whose Truth: objective and subjective perspectives on truthfulness in advocacy. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 28, Issue 1, p. 105-160, 2016.

WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at common law including the Statutes and Judicial Decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*. Boston: Little, Brown, and Company, 1923. v. 1/2/4.

WILLIAM III, 1695-6: an act for regulateing of tryals in cases of Treason and Misprision of Treason [chapter III. Rot. Parl. 7 & 8 Gul. III. pt. 1.nu.3.]. In: RAITHBY, John. Statutes of the Realm. *British History Online*, v. 7, 1695-1701, p. 6-7, 1820. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol7/pp6-7>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

WOOLLEY, Alice. If philosophical legal ethics is the answer, what is the question?. *The University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 4, p. 983-1001, 2010.

X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA, nov. 12-14, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/76717270/Congreso-Azul-2008-Montero-Aroca>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

_____. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045 (projeto do novo código de processo penal). In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.203/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. Projeto de Lei nº 4.204/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. Projeto de Lei nº 4.205/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. Projeto de Lei nº 4.206/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. Projeto de Lei nº 4.207/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. HC 175.767/MG. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09/10/2012. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. HC 306.338-SP. Rel. Min Joel Ilan Paciornik, DJe 28/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. RHC 67.493/PR. Rel. Min. Felix Fischer, DJe 02.05.2016. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. HC 306.338-SP. Rel. Min Joel Ilan Paciornik, *DJe* 28/04/2017. Disponível em: <www.stj.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____, 6ª Turma. RHC 48.351/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 19/12/2014. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____, 2ª Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 111567/AM. Min. Rel. Celso de Mello, *DJe* 30/10/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. RHC 116108. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/10/2013, Processo Eletrônico *DJe* 17/10/2013. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. HC 111.567/AM AgRgMin. Rel. Celso de Mello, *DJe* 30/10/2014. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. Tribunal Pleno. AP-QO3 470. Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 30/04/2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. _____. HC 127.483/PR. Rel Min. Dias Toffoli, *DJe* 03/02/2016, Public 04-02-2016. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2018.

UNITED KINGDOM. Old Bailey Session Papers. *Edward Hill and John Hill*, OBSP (Dec. 1744, ##26–7). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Elizabeth Borroughs and Bryan Carney*, OBSP (July 1736, # #79-70). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Jacob Shoemaker*, OBSP (Jan. 1717). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *James Leekey and William Robinson*, OBSP (Dec. 1744, ##10–11). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *James Ruggles et al.*, OBSP (Dec. 1744, ##93–5). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *John Hyth*, OBSP (Feb. 1743, #151). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *John Waller*, OBSP (May 1732, #89). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Mary D'Arbieau*, OBSP (Apr. 1722). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

UNITED KINGDOM. Old Bailey Session Papers. *Peter Cartwright*, OBSP (May 1711). Disponível em <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Richard Browne*, OBSP (July 1721). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Simon Jacobs*, OBSP (Oct. 1722). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Stephen Nott*, OBSP (Sept. 1714). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Susan Bean and Christian Smith*, OBSP (Dec. 1731). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Thomas Smith*, OBSP (May 1722). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *William Cady*, OBSP (May 1738, #34). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *William Clark*, OBSP (Dec. 1747, #37). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *William Marjoram*, OBSP (Oct. 1726). Disponível em: <<https://www.oldbaileyonline.org/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89, 93 (2002) (statement of Scalia, J.). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=olFSLoxO4pkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Harrell v. Butterworth*, 251 F3d 926 (11th Cir 2001). Disponível em: <<https://casetext.com/case/harrell-v-butterworth>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/836/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *United States v. Gigante*, 166 F3d 75 (2d Cir 99). Disponível em: <<https://openjurist.org/166/f3d/75/united-states-v-gigante>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

_____. _____. *United States v. Yates*, 438 F3d 1307 (11th Cir 2006). Disponível em: <<https://openjurist.org/438/f3d/1307/united-states-v-yates-f>>. Acesso em: 3 dez. 2018.