

**FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS**

**DIREITO À PROVA E PRECLUSÃO NO PROCESSO  
PENAL CONDENATÓRIO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2018**



**FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS**

**DIREITO À PROVA E PRECLUSÃO NO PROCESSO  
PENAL CONDENATÓRIO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**Janeiro/2018**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Dias, Fernando Gardinali Caetano

Preclusão e direito à prova no processo penal condenatório / Fernando Gardinali Caetano Dias; orientador Maurício Zanoide de Moraes - São Paulo, 2018.

243 p.

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

1. Processo Penal. 2. Direito à prova. 3. Preclusão. 4. Risco. I. Zanoide de Moraes, Maurício, orient. II. Título.

---

Nome: DIAS, Fernando Gardinali Caetano

Título: Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório

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

Aprovado em: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora:**

Presidente (Orientador): Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_



## AGRADECIMENTOS

Considero-me uma pessoa privilegiada, pois, mesmo nos piores momentos, eu tenho o privilégio de, no final do dia, poder agradecer por toda a minha vida: por minha família, por minha esposa, por meus amigos, pelas oportunidades que tenho. E com essa dissertação não seria diferente.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família (minha base, meu porto seguro), por tudo, hoje e sempre. Aos meus pais, *Sergio* (mais que um pai, meu *Migão*) e *Nair*, agradeço por todo o amor, por todo o carinho, por toda a educação, por toda a força que me deram desde antes de eu nascer. Não há palavras que possam expressar a minha gratidão e o meu amor eterno por vocês. Ao meu irmão, *Thiago*, meu *Mano*, meu amigo, em que sempre me espelhei por suas virtudes, sua inteligência, seu empenho, seu profissionalismo. Saibam que amo e sempre amarei vocês, incondicionalmente.

Agradeço, também, de coração, ao Professor *Maurício Zanoide de Moraes*. Na verdade, a ocasião do agradecimento é essa dissertação de mestrado, mas sou grato a ele não só por isso; na verdade, por muito antes e muito além disso. O meu agradecimento se inicia no ano de 2006, com as primeiras aulas que tive com o Professor *Maurício Zanoide* na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Sou grato por tudo que ele me ensinou nos bancos da graduação. Sou grato, ainda, por tudo que me ensinou nos primeiros passos que dei na advocacia, trabalhando com ele, em seu escritório. Sou grato por tudo que me ensinou na pós-graduação. E tenho certeza que ainda continuarei sendo grato a ele, na academia e fora dela. Agradeço, enfim, ao Professor *Maurício Zanoide* por todas as lições (não só processuais penais, mas também da vida). Agradeço por toda a confiança que sempre depositou em mim e por toda a força que me deu até os últimos (e difíceis) momentos dessa dissertação. Muito obrigado, Professor, por tudo. De coração.

Ainda na pós-graduação, agradeço ao companheiro de jornada *Daniel Bragagnollo*. Um amigo que ganhei nesses últimos anos e que levo para muito além da academia. Agradeço pela amizade, pela troca de ideias e por toda a força, principalmente nos últimos (e difíceis) momentos desse trabalho.

Tudo isso não seria possível sem a inestimável ajuda das pessoas com quem trabalho. Mais do que colegas de escritório, são *amigos* com quem tenho o privilégio de trabalhar e que levo para toda a vida. Agradeço, aqui, pelo auxílio que me deram no escritório com as minhas ausências para a elaboração desse trabalho; e também agradeço a cada um de vocês pela amizade que levo. Ao *Renato Vieira*, grande *Renatão*, exemplo que tenho de profissional, de acadêmico (e até de padrinho de casamento!), agradeço por toda ajuda, por todo o incentivo, pelas trocas de ideias, pelas risadas, pelo carinho. Meu muito obrigado, *ó monstro sagrado!* Agradeço ao *Andre Kehdi*, também exemplo de profissional, com quem muito aprendi e muito aprendo na luta por um melhor sistema de justiça criminal. Muito obrigado, *Kehdi*, por toda a paciência, por todo o rigor, por toda a força que sempre teve comigo (até nos últimos e difíceis momentos). Agradeço, também, ao *José Roberto Akutsu*, vulgo *Zé*, pelo companheirismo, pela força e pelo incentivo que sempre me deu. Agradeço à *Rachel Amato*, que atende pelo pseudônimo de *Nelma*, também pela força, pelo incentivo e pelas risadas diárias que tanto nos dão forças. Agradeço, ainda, à *Paula Nunes*, pela essencial ajuda na reta final de elaboração desse trabalho.

Como forma de agradecimento, dedico esse trabalho ao meu sogro, “*Seu*” *Alceu*, que nos deixou nos últimos momentos dessa jornada acadêmica. Foi-se muito rapidamente, mas deixa a eterna (e sábia) visão de uma vida doce e alegre. Você faz (e continuará fazendo) muita falta; mas espero que esse agradecimento seja uma maneira de levarmos uma boa saudade de você em nossos corações.

Por fim, mas não menos importante (e não mesmo!), agradeço imensamente à minha amada *Elise*. Nem sei desde quando agradecer, pois *já era amor antes de ser*. Agradeço a você, meu amor, pelo carinho, pela alegria, pelo incentivo, pela força, pelo apoio, pela compreensão, pela paciência, por ter sido a luz que me iluminou e que me deu forças nos momentos mais sombrios. Enfim, são tantos motivos para te agradecer que não caberiam aqui; na verdade, não sei se caberão nem mesmo em uma vida inteira ao seu lado. Aliás, como é bom ter você ao meu lado. Como é bom passar a vida ao seu lado. E termino essas linhas (as últimas que escrevo nessa dissertação) com uma alegria indescritível de saber que, no final do dia, chegarei em casa e te encontrarei. Afinal, *é melhor quando você está. É muito melhor quando você está.*

## RESUMO

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. 2018. 243 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O objetivo da dissertação é analisar a incidência da preclusão sobre o exercício do direito à prova no processo penal. Para tanto, a pesquisa abrange dois temas: o direito à prova, com a análise de suas principais características; e a preclusão, com o estudo de seu desenvolvimento (nas doutrinas processuais civil e penal, na Itália e no Brasil) e a constatação dos aspectos de consenso sobre o seu conceito. Em seguida, o trabalho constata um núcleo essencial da preclusão, consistente em um risco calculado entre as exigências (conflitantes entre si) de melhor acerto fático possível e celeridade processual. Com isso, ao final, o trabalho analisa a incidência da preclusão em cada um dos momentos da atividade probatória, sob a perspectiva de cada uma das partes (acusação e defesa) e do juiz (inclusive em sua iniciativa instrutória). Para a defesa, o trabalho aponta a possibilidade de afastamento da preclusão na atividade probatória, por uma avaliação judicial orientada pelo critério do cálculo do risco da preclusão.

Palavras-chave: Processo penal. Direito à prova. Preclusão. Risco.



## ABSTRACT

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Right to evidence and issue preclusion in the criminal proceeding.** 2018. 243 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The aim of this dissertation is to analyze the incidence of the issue preclusion along the exercise of the right to evidence in the criminal proceeding. For this purpose, the research comprehends two subjects: the right to evidence, by the analysis of its main features; and the issue preclusion, by the study of its development (in the criminal and civil procedures, in Italy and Brazil) and the verification of the consensus aspects about its concept. Then, the work identifies an essential core of the issue preclusion: a calculated risk between the (conflicting) requirements of the most accurate fact reconstruction and the speed trial. In the end, the paper examines the incidence of the issue preclusion in each of the moments of the evidence activity, from the perspective of each of the parties (prosecution and defense) and the judge (including his initiative in the evidence). For the defense, the work points out the possibility of disregarding the issue preclusion in the evidence activity, by a judicial analysis guided by the calculation of the issue preclusion's risk.

Keywords: Criminal proceeding. Right to evidence. Issue preclusion. Risk.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>1. A PROVA NO PROCESSO PENAL: DIREITO À PROVA, MOMENTOS, ÔNUS E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1. Importância do direito à prova: o processo e a reconstrução dos fatos.....</b>	<b>18</b>
<b>1.2. Acepções do vocábulo <i>prova</i>.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. Direito à prova .....</b>	<b>25</b>
1.3.1. <i>Fundamentos normativos</i> .....	25
1.3.2. <i>Conteúdo do direito à prova</i> .....	28
1.3.3. <i>Limites do direito à prova</i> .....	29
<b>1.4. Momentos da atividade probatória .....</b>	<b>32</b>
1.4.1. <i>Investigação</i> .....	34
1.4.2. <i>Propositura</i> .....	35
1.4.3. <i>Admissão</i> .....	36
1.4.4. <i>Produção</i> .....	36
1.4.5. <i>Valoração</i> .....	37
<b>1.5. Ônus da prova no processo penal.....</b>	<b>38</b>
1.5.1. <i>Ônus objetivo</i> .....	39
1.5.2. <i>Ônus subjetivo</i> .....	40
<b>1.6. Poderes instrutórios do juiz .....</b>	<b>43</b>
1.6.1. <i>(segue): posição favorável</i> .....	43
1.6.2. <i>(segue): posição contrária</i> .....	52
1.6.3. <i>Posição assumida nesse trabalho</i> .....	57
<b>2. O ESTUDO DA PRECLUSÃO PELAS DOUTRINAS PROCESSUAIS CIVIL E PENAL.....</b>	<b>61</b>
<b>2.1. O desenvolvimento do instituto na doutrina processual civil .....</b>	<b>67</b>
2.1.1. <i>Doutrina italiana</i> .....	68
2.1.1.1. Giuseppe Chiovenda .....	68
2.1.1.2. Paolo D’Onofrio .....	73
2.1.1.3. Enrico Redenti .....	75
2.1.1.4. Virgilio Andrioli .....	77
2.1.1.5. Aldo Attardi .....	79
2.1.1.6. Giovanni Tesoriere .....	81
2.1.2. <i>Doutrina brasileira</i> .....	82
2.1.2.1. Celso Agrícola Barbi .....	82
2.1.2.2. Antônio Alberto Alves Barbosa.....	84
2.1.2.3. José Frederico Marques .....	86
2.1.2.4. Manoel Caetano Ferreira Filho .....	88
2.1.2.5. Daniel Assumpção Amorim Neves.....	91
2.1.2.6. Heitor Vitor Mendonça Sica .....	96
<b>2.2. O desenvolvimento do instituto na doutrina processual penal .....</b>	<b>100</b>
2.2.1. <i>Doutrina italiana</i> .....	100
2.2.1.1. Remo Pannain .....	101
2.2.1.2. Stefano Riccio.....	102

2.2.1.3.	Giuseppe Guarneri .....	104
2.2.1.4.	Carlotta Conti .....	108
2.2.2.	<i>Doutrina brasileira</i> .....	111
2.2.2.1.	Florêncio de Abreu .....	112
2.2.2.2.	João Martins de Oliveira .....	113
2.2.2.3.	José Frederico Marques .....	116
2.2.2.4.	Miguel Thomaz Pessoa Filho .....	117
2.2.2.5.	Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini .....	118
2.2.2.6.	Roberto Delmanto Junior .....	120
2.2.2.7.	Leonardo da Silva Vilhena .....	122
<b>2.3.</b>	<b>Aspectos de consenso sobre o conceito de preclusão</b> .....	<b>125</b>
<b>2.4.</b>	<b>Conceito de preclusão adotado nesse trabalho</b> .....	<b>128</b>
2.4.1.	<i>A ideia fundamental de CHIOVENDA</i> .....	130
2.4.2.	<i>Distinção entre preclusão para as partes e para o juiz</i> .....	133
2.4.2.1.	Partes e ônus processual .....	134
2.4.2.2.	Juiz e poder-dever .....	139
2.4.3.	<i>Proposta de acomodação do conceito de preclusão</i> .....	140
<b>3.</b>	<b>A PRECLUSÃO COMO RISCO CALCULADO</b> .....	<b>143</b>
<b>3.1.</b>	<b>A preclusão como expressão do conflito entre “verdade” e “rapidez”: notas da doutrina processual</b> .....	<b>144</b>
<b>3.2.</b>	<b>O risco da preclusão: ponderação do binômio <i>reconstrução dos fatos versus tempo</i></b> .....	<b>149</b>
3.2.1.	<i>Preclusão como risco: concepção de DINAMARCO</i> .....	149
3.2.2.	<i>Proposta de acomodação: preclusão como risco calculado</i> .....	152
3.2.2.1.	A reconstrução dos fatos e o melhor acerto fático possível .....	155
3.2.2.1.1.	Contornos específicos no processo penal .....	159
3.2.2.2.	O tempo e a celeridade processual .....	163
3.2.2.2.1.	Contornos específicos no processo penal .....	166
<b>3.3.</b>	<b>O risco da preclusão como critério de análise para o seu afastamento na atividade probatória da defesa no processo penal</b> .....	<b>168</b>
<b>4.</b>	<b>A INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO NO DIREITO À PROVA PARA AS PARTES E PARA O JUIZ</b> .....	<b>177</b>
<b>4.1.</b>	<b>Três premissas importantes</b> .....	<b>177</b>
4.1.1.	<i>Natureza dinâmica da instrução</i> .....	178
4.1.2.	<i>Menor rigor preclusivo na atividade probatória no processo penal</i> .....	179
4.1.3.	<i>Essência autoritária do Código de Processo Penal</i> .....	181
<b>4.2.</b>	<b>Incidência da preclusão na atividade probatória das partes (acusação e defesa)</b> .....	<b>184</b>
4.2.1.	<i>Momentos da atividade probatória relacionados às partes</i> .....	185
4.2.2.	<i>Preclusão na atividade probatória exercida pela acusação</i> .....	187
4.2.2.1.	Propositura .....	188
4.2.2.2.	Produção .....	199
4.2.3.	<i>Preclusão na atividade probatória exercida pela defesa</i> .....	202
4.2.3.1.	Propositura .....	204
4.2.3.2.	Produção .....	206
4.2.3.3.	Possibilidade de afastamento da incidência da preclusão na atividade probatória da defesa .....	208
<b>4.3.</b>	<b>Incidência da preclusão para o juiz na atividade probatória</b> .....	<b>214</b>

4.3.1. <i>Momentos da atividade probatória em que o juiz atua</i> .....	214
4.3.2. <i>Preclusão na atuação do juiz na atividade probatória de iniciativa das partes</i> .....	216
4.3.2.1. <i>Admissão</i> .....	216
4.3.2.2. <i>Produção</i> .....	220
4.3.2.3. <i>Valoração</i> .....	221
4.3.3. <i>Preclusão na iniciativa instrutória do juiz</i> .....	222
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>227</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>233</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a incidência da *preclusão* no exercício do *direito à prova* no processo penal. Para tanto, serão necessárias três etapas, até que se chegue à análise pretendida.

A primeira etapa consiste no estudo dos principais contornos do direito à prova. Assim, no capítulo 1, serão traçados os fundamentos, o conteúdo e os limites do direito à prova, bem como os momentos da atividade probatória. Ainda, será de grande valia a análise do conceito de ônus da prova e as posições (favorável e contrária) existentes na doutrina sobre os poderes instrutórios do juiz – assumindo-se, no trabalho, uma postura que se refletirá posteriormente na análise da incidência da preclusão para o juiz.

Por sua vez, a segunda etapa consiste no estudo da preclusão, desde a sua sistematização por CHIOVENDA, passando pelas principais lições das doutrinas processuais civil e penal, na Itália e no Brasil, sobre o tema. Com isso, será possível constatar os aspectos de consenso sobre a preclusão, para, então, se alcançar uma proposta de acomodação do conceito, que será adotada no desenvolvimento do trabalho.

Daí se chega à terceira etapa, em que, com base nas análises até então desenvolvidas, será possível vislumbrar um *núcleo essencial* da preclusão, consubstanciado no *risco* assumido pela *ponderação* entre os fatores de *reconstrução dos fatos e tempo*. Partindo-se da concepção de DINAMARCO da preclusão como *risco calculado*, serão analisados os fatores componentes desse risco, que se desdobram em duas exigências *conflitantes* (e impossíveis de atingirem um equilíbrio entre si): o *melhor acerto fático possível* e a *celeridade processual*. Dessa ideia de risco calculado será extraído um critério para o *afastamento da preclusão na atividade probatória da defesa no processo penal*: em razão da incidência do princípio constitucional da *ampla defesa* (art. 5º, LV, da CF), o juiz poderá afastar a incidência da preclusão nos atos processuais probatórios realizados pela defesa, pautando sua análise sob o critério do risco da preclusão.

Com essas três etapas de análise, se alcançará o objetivo da dissertação: a análise da incidência da preclusão sobre o exercício do direito à prova no processo penal. Para tanto, analisar-se-á a incidência da preclusão tanto na atividade probatória realizada pelas partes (isto é, pela acusação e pela defesa), como na atuação do juiz sobre a atividade probatória das partes e na própria iniciativa instrutória – tudo isso sob o prisma de cada um dos momentos que compõem a atividade probatória.

## 1. A PROVA NO PROCESSO PENAL: DIREITO À PROVA, MOMENTOS, ÔNUS E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O objetivo deste capítulo é traçar os principais contornos do *direito à prova* no processo penal, desdobrando-se por seus fundamentos, seu conteúdo e seus limites, bem como pelos *momentos* da atividade probatória, pelo conceito de *ônus da prova* e, ao fim, pelos *poderes instrutórios do juiz*. Não se tem a pretensão de esgotar o tema (que é demasiado amplo e não caberia nos estritos limites desse trabalho), mas apenas de se apontar quais são as principais características do direito à prova, sobretudo aquelas que, posteriormente, serão importantes para a análise da incidência da preclusão.

Por isso é importante iniciar o trabalho com essa análise, para, depois disso, discorrer sobre o instituto da preclusão (capítulo 2) e, então, chegar à combinação desses dois temas – especificamente, de como a preclusão incide sobre o direito à prova no processo penal.

De antemão, é importante observar que o estudo sobre a *prova* abarca não apenas o *direito à prova*, mas também a *epistemologia judicial*, que pode ser definida como:

os critérios e os instrumentos usados pelo juiz para a aquisição – e, assim, alcançar a valoração (cujas cadências são objeto do estudo epistemológico) – do material factual, sobre cujo fundamento se dá a escolha decisória<sup>1</sup>.

Essas duas perspectivas estão ligadas entre si, na medida em que “*é o próprio sistema jurídico, através do denominado ‘direito à prova’, que exige a aplicação das regras de epistemologia e racionalidade gerais [...] para a valoração da prova*”<sup>2</sup>. Todavia,

<sup>1</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *i criteri e gli strumenti usati dal giudice per conseguire l’acquisizione – e quindi provvedere alla valutazione (le cui cadenze diventano pure oggetto di studio epistemologico) – del materiale fattuale, sul cui fondamento compiere le scelte decisorie*” (UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015, pp. 28-29). Esse mesmo autor explica, em outra obra, que o estudo da prova passa pelos critérios e instrumentos utilizados pelo juiz para a aquisição e valoração do material factual, de modo que a pesquisa da prova não pode prescindir de um exame dos métodos e da validade do conhecimento sobre o fato (*Idem*. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1995, p. 2).

<sup>2</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *es el propio sistema jurídico, a través del denominado ‘derecho a la prueba’, el que exige la aplicación de esas reglas de la epistemología o la racionalidad generales [...] para la valoración de la prueba*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 53). Nessa obra, o autor sustenta, inclusive, que somente por meio de uma concepção racionalista da prova (que rechace a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz) é possível tornar efetivo o direito à prova em todo seu alcance.

apesar dessa conexão, não se pretende tratar dos aspectos da *valoração* da prova no presente trabalho, uma vez que fogem do escopo do instituto da preclusão. Em outras palavras, tendo em vista que a preclusão diz respeito aos momentos do processo em que a parte (ou mesmo o juiz) perde a faculdade de praticar um ato<sup>3</sup>, percebe-se que a *valoração* da prova está em outro plano, que não diz respeito exatamente aos atos praticados pelo juiz, mas sim aos critérios que ele deve usar para um específico ato (qual seja, o da decisão judicial).

Com isso, o recorte feito nesse trabalho implica a análise desse campo de estudo apenas em relação aos *momentos* de produção, admissão e valoração da prova, deixando-se de lado o *conteúdo* da epistemologia e da valoração da prova (cuja linha central é o valor creditado aos elementos probatórios), pois se situam em outro plano de análise, distinto daquele referente ao momento de ocorrência desses atos.

### **1.1. Importância do direito à prova: o processo e a reconstrução dos fatos**

O direito à prova é considerado um elemento de suma importância na transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático<sup>4</sup>. O processo penal deixa de ser visto como um instrumento do Estado, a serviço de seu poder punitivo (por meio do direito penal), e passa a ser considerado como uma garantia ao indivíduo, na medida em que assume um papel de limitador do poder punitivo estatal, em proteção do indivíduo a ele submetido<sup>5</sup>. O poder punitivo, assim, é controlado pelo processo e, mais que isso, é legitimado e justificado pelo processo.

O poder punitivo (controlado pelo processo) será exercido pelo Estado apenas se comprovada a afirmação da ocorrência de um fato delitivo e identificado seu autor, ao menos com alto grau de probabilidade. Fala-se em afirmação porque, no processo, não há como o juiz ter contato com a concreta realidade do fato afirmado pela parte<sup>6</sup>. Como se

---

<sup>3</sup> Como será visto no capítulo 2 *infra*.

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JR., Salah H. (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 291.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

<sup>6</sup> Como aponta ZANOIDE DE MORAES, essa é uma limitação do direito processual penal na reconstrução dos fatos: “em um Estado Democrático de Direito, o direito processual penal informado pelas regras do

trata de um fato supostamente ocorrido no passado, o juiz – no presente – somente terá contato com a *descrição* do fato – passado – que lhe é deduzida pela parte. No processo, não há contato com os  *fatos*, mas sim (e apenas) com as *proposições*, com os *enunciados* feitos pelas partes sobre tais fatos<sup>7</sup>.

Essa relação temporal pode ser resumida da seguinte maneira: pelo processo (situado no presente) será verificada a afirmação sobre a ocorrência (ou não) de um fato (passado), para, se comprovada essa hipótese, ser aplicada uma pena ao indivíduo (no futuro)<sup>8</sup>. Nesse contexto, a conexão entre o passado e o presente (para eventual aplicação de pena no futuro) ocorre por meio da atividade probatória, considerada “*indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas*”<sup>9</sup>. Pelo processo opera-se a reconstrução dos fatos: o juiz realiza uma atividade cognitiva, de conhecimento de um fato por meio das proposições deduzidas pelas partes sobre ele, para, então, alcançar um grau de convencimento que será externado na sentença. Trata-se, assim, de um conhecimento indireto, pois o juiz não presenciou o fato e terá que conhecê-lo por meio da prova introjetada no processo<sup>10</sup>.

Daí se percebe a importância da prova e da atividade pela qual ela é desenvolvida: afinal, “*a atividade probatória consiste em introduzir no processo elementos que servirão para formar a convicção do juiz*” a respeito da ocorrência de um fato criminoso, por meio da “*formulação de uma idéia acerca do fato*”<sup>11</sup>. É a atividade probatória – voltada à reconstrução dos fatos – que permitirá ao juiz comparar a sua ideia sobre o fato “*com a pretensão deduzida pela acusação e com a pretensão de resistência deduzida pela Defesa*”, para, assim, formar a sua convicção<sup>12</sup> e chegar a uma decisão<sup>13</sup>.

---

*devido processo legal tem duas limitações para a reconstrução dos fatos no curso da persecução: a primeira derivada da impossibilidade de se reproduzir em juízo os fatos como ocorreram, portanto uma impossibilidade fática e insuperável de se recompor com exatidão os fatos passados e relevantes para a causa*” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 403).

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, pp. 36-37.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. *Fundamentos...* cit., p. 58.

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., p. 291.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536.

<sup>11</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 208.

<sup>12</sup> Por *convicção* entende-se um estado psicológico, pelo qual uma pessoa (no caso, o juiz) alcança um grau de certeza. Trata-se de “*um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição*”, compreendida a *verdade*, nessa definição, como uma relação de concordância entre o objeto e a imagem captada pelo sujeito; o reflexo fiel do objeto na mente (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo*

Reunindo as ideias acima colocadas, vê-se que, em uma sociedade democrática, o exercício do poder punitivo pelo Estado está condicionado, legitima-se e justifica-se por meio do processo, especificamente, pela convicção alcançada pelo juiz, e revelada na sentença, a respeito da reconstrução dos fatos operada pela atividade probatória desenvolvida no processo<sup>14</sup>.

É o direito à prova que assegura a atividade probatória das partes e, assim, a reconstrução dos fatos realizada no processo, que, ao final, permitirá o controle do poder punitivo a ser eventualmente concretizado na sentença (caso o juiz, pelas proposições que foram introduzidas no processo, se convença sobre a afirmação da ocorrência de um fato criminoso). Há, portanto, uma íntima relação entre o direito à prova, a reconstrução dos fatos operada no processo e, principalmente, a legitimação e a justificação do poder de punir que está nas mãos do Estado.

## 1.2. Acepções do vocábulo *prova*

Pode-se afirmar que a figura da *prova* é *poliédrica*<sup>15</sup>, na medida em que é tratada pela doutrina sob diversos significados, sem que haja um consenso sobre uma interpretação única. O vocábulo, assim, é utilizado em diversas acepções, sem que se considere que alguma seja mais (ou menos) apropriada que outra.

GOMES FILHO, na tese que lhe rendeu o título de livre-docente em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirma que o termo *prova* é utilizado com variadas significações, de modo a indicar: de forma mais

---

*penal*. São Paulo: RT, 2003, pp. 25/26). Assim, o termo *convicção* é usado, aqui, como sinônimo de *certeza*, definida, por sua vez, como “*um estado psicológico, uma convicção subjetiva, uma situação em que Tício crê firmemente em algo*” – tradução livre do excerto “*la certezza è uno stato psicologico, una convinzione soggettiva, una situazione in cui Tizio crede fermamente in alcunchè*” (TARUFFO, Michele. *La verità nel processo*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 255).

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...* cit., p. 208.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 536. No mesmo sentido, afirma PRADO que “*nas democracias a legitimidade do exercício do poder punitivo está condicionada pelo valor de verdade reconhecido na sentença*” (PRADO, Geraldo. *Provas eticamente inadmissíveis no processo penal: em memória de Adatao Suannes*. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 75).

<sup>15</sup> Expressão utilizada por FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Vol. I: in generale. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 3.

ampla, “o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão”; também, os “instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova)”; e, por fim, “dá o nome ao resultado dessas atividades”<sup>16</sup>. Posteriormente, em artigo a respeito de *notas sobre a terminologia da prova*, atento à natureza *polissêmica* do termo prova, resume as diversas acepções em três grupos: a) como *demonstração*; b) como *experimentação*; c) como *desafio*<sup>17</sup>.

Na primeira acepção, a prova como *demonstração* “serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos”, de modo que “provar significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira”<sup>18</sup>.

Já como *experimentação*, a palavra 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<sup>19</sup>.

Por fim, como *desafio* ou *competição*, o termo indica “um obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões”<sup>20</sup>.

TARUFFO, ao analisar os principais significados que se atribuem ao termo *prova* no contexto processual, alcança três distinções, que, segundo o autor, não são mutuamente

<sup>16</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, pp. 41-42. Da mesma maneira, o autor, em obra conjunta com GRINOVER e SCARANCE, afirma que “o termo ‘prova’ não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os ‘meios de prova’” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 112).

<sup>17</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 304-306.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 305.

excludentes, sendo possível que se sobreponham, e tampouco são exaustivas, não havendo garantia de que cubram todo o campo dos significados processuais de prova<sup>21</sup>.

Assim, de acordo com o professor italiano, a primeira distinção se faz pela prova como *demonstração* e como *experimento*. Por um lado, como *demonstração*,

a prova serve para estabelecer a verdade dos fatos relevantes para a decisão. Aqui, “provar” significa oferecer elementos para decidir que uma asserção relativa a um fato é “verdadeira” (em algum sentido do termo) e que essa asserção está “provada” quando existirem elementos idôneos para demonstrar que é verdadeira<sup>22</sup>.

Por outro lado, como *experimento*, a prova é analisada “dentro do desenvolvimento dinâmico do processo e é considerada como instrumento ou procedimento para verificar a fundamentação ou a aceitabilidade dessa afirmação”<sup>23</sup>.

A segunda distinção “versa sobre a relação entre a prova e o fato a que ela se refere, assim como sobre as funções que a prova desempenha no âmbito dessa relação”<sup>24</sup>. Nesse contexto, a prova é um *quantum* de conhecimento a respeito das diversas hipóteses sobre um fato<sup>25</sup>, de modo que sua função consiste em “justificar (isto é, em oferecer elementos para considerar fundamentadas) as asserções fáticas apresentadas como verdadeiras na decisão final”<sup>26</sup>. Com isso, a prova adquire papel fundamental para a eleição racional da hipótese que será conteúdo da decisão final sobre o fato<sup>27</sup>.

A última dimensão do termo *prova* gira em torno de aspectos do fenômeno probatório, sob três perspectivas: *i*) como *meio de prova*, a se referir a todo elemento que possa ser utilizado para o conhecimento do fato; *ii*) como *resultado* que deriva da aquisição

<sup>21</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 440-441.

<sup>22</sup> Tradução livre do excerto: “[...] la prueba sirve para establecer la verdad de los hechos relevantes para la decisión. Aquí, ‘probar’ significa ofrecer elementos para decidir que una aserción relativa a un hecho es ‘verdadera’ (en algún sentido del término) y esta aserción está ‘probada’ cuando existen elementos idôneos para demostrar que es verdadera” (*ibidem*, p. 441).

<sup>23</sup> Tradução livre do excerto: “[...] dentro del desarrollo dinámico del proceso y se la considera como instrumento o procedimiento para verificar la fundamentación o la aceptabilidad de esa afirmación” (*ibidem*, p. 442).

<sup>24</sup> Tradução livre do excerto: “[...] versa sobre la relación entre la prueba y el hecho al que ésta se refiere, así como sobre las funciones que la prueba desarrolla en el ámbito de esa relación” (*ibidem*, p. 443).

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>26</sup> Tradução livre do excerto: “[...] la función de las pruebas consiste aquí en justificar (es decir, en ofrecer elementos para considerar fundamentadas) las aserciones fáticas presentadas como verdaderas en la decisión final” (*ibidem*, p. 445).

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 447.

dos meios de prova no processo e de sua valoração pelo juiz, sendo sinônimo de *demonstração alcançada* sobre um fato; *iii*) como inferência obtida com base na prova, a indicar o raciocínio com o qual o juiz estabelece que o fato está provado com base nos elementos de prova de que dispõe<sup>28</sup>.

Destaque-se que as ideias acima expostas por GOMES FILHO e por TARUFFO foram posteriormente acolhidas por outros processualistas brasileiros, que seguiram tais lições para explicar as diferentes acepções do vocábulo prova<sup>29</sup>.

Já CORDERO trata do termo *prova* sob um ângulo mais restrito, ao considerar que “o vocábulo designa o instrumento da verificação, qual seja o êxito; e assim os possíveis significados são dois: o objeto sensível ou a experiência fornecida pela inspeção”<sup>30</sup>. Em seguida, não obstante considere que, no plano do léxico, as duas acepções seriam igualmente legítimas, parece preferir a acepção que se refere à prova como “aquilo que se usa com o fim de provar”<sup>31</sup> – ou seja, parece tender ao uso do vocábulo como *meio de prova*.

Em uma visão mais alargada, FLORIAN indica as várias direções e os vários momentos da prova, a saber:

- 1) a matéria a ser provada e propriamente o objeto de prova; 2) a atividade dos sujeitos processuais e de terceiros, que pesquisam ou fundamentam a verdade dos fatos; 3) os meios, que são adotados para o escopo de sua pesquisa; 4) o procedimento, no qual a prova é realizada; 5) o resultado, seja específico de um peculiar meio de prova, seja em geral, no sentido de que o acerto de um dado objeto de prova seja ou não alcançado<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba...* cit., pp. 447-451.

<sup>29</sup> Nesse sentido, BADARÓ afirma que “do ponto de vista jurídico, o vocábulo prova possui diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo de atividade probatória, como resultado da prova e como meio de prova” – o que, em última análise, se amolda às definições acima expostas de GOMES FILHO e TARUFFO (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 157). Por sua vez, DEZEM se vale dos dois autores para explicar as acepções do termo prova, afirmando, inclusive, que a definição exposta por GOMES FILHO “não se distancia da apresentada por Taruffo” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, pp. 79-82 e nota de rodapé nº 13).

<sup>30</sup> Tradução livre do excerto: “Il vocabolo designa lo strumento della verificaione, quale che sia stato l’esito; e allora i possibili significati sono due: l’oggetto sensibile ovvero l’esperienza fornita dall’ispezione” (CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 51).

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

<sup>32</sup> Tradução livre do excerto: “1) la materia da provarsi e propriamente l’oggetto di prova; 2) l’attività dei soggetti processuali e di terzi, che la verità dei fatti ricercano od assodano; 3) i mezzi, che per le scopo di cotesta ricerca sono adoperati; 4) il procedimento, nel quale la prova se svolge; 5) il risultato, sia specifico

Por fim, vale mencionar as acepções sustentadas por JAUCHEN em obra específica sobre a prova penal<sup>33</sup>. É possível separar as definições expostas pelo autor argentino em três grupos, a tratar a *prova* como: *i) meio de prova*, para indicar os elementos probatórios com que conta o magistrado para decidir a causa, tenham sido introduzidos no processo pelas partes ou pelo juiz, de ofício; *ii) ação de provar*, isto é, como atividade a ser desempenhada pelas partes (e, “frequentemente”, pelo juiz) para demonstrar a existência dos fatos que afirmar e sobre os quais sustentam suas pretensões; *iii) o que foi provado*, indicando o fenômeno psicológico ou o estado de conhecimento produzido no juiz pelos distintos elementos produzidos no processo<sup>34</sup>.

Como visto acima, o vocábulo *prova* possui diversas acepções, que passam tanto pelos momentos da atividade probatória, como pelos meios utilizados para tanto, chegando, inclusive, no resultado obtido com a prova, isto é, com o convencimento – na maior parte das vezes, do juiz – sobre a afirmação de determinado fato. Isso demonstra a importância do direito à prova e, sobretudo, a sua abrangência no cenário processual: a prova acaba tendo significados em vários momentos processuais, da formulação da pretensão acusatória até a prolação da sentença.

Sendo o tema demasiadamente amplo, é fundamental estabelecer algumas premissas de linguagem nesse momento inicial do trabalho. Para tanto, utilizar-se-á a terminologia exposta por GOMES FILHO em trabalho específico sobre o assunto, no qual divide os vários significados de *prova* nas expressões *elemento de prova*, *resultado de*

---

*d'un peculiare mezzo di prova, sia complessivo dell'insieme, nel senso che l'accertamento d'un dato oggetto di prova sia raggiunto o non sia raggiunto*” (FLORIAN, Eugenio. *Delle prove...* cit., p. 5).

<sup>33</sup> JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 17-18. Interessante notar que esse autor confere ampla atuação para a atividade do juiz em matéria de prova. Assim, no que diz respeito à “ação de provar”, afirma que “a atividade probatória está constituída pela atuação que realizam dentro do processo todos os sujeitos processuais (órgão jurisdiccional, Ministério Público, imputado, partes civis) com o fim de estabelecer a exatidão ou inexatidão dos fatos objeto do processo” – tradução livre do excerto: “la actividad probatoria está constituída por la actuación que realizan dentro del proceso todos los sujetos procesales (órgano jurisdiccional, Ministerio Público, imputado, partes civiles) con el fin de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos objeto del proceso” (*ibidem*, p. 19). Do mesmo modo, ao tratar do ônus da prova (“carga de la prueba”), sustenta que “em razão do interesse público que governa o processo penal, é ao Estado, por meio de seus órgãos predispostos (juízes e Ministérios Públicos), a quem incumbe provar os fatos que sustentam a pretensão punitiva” – tradução livre do excerto: “[...] en razón del interés público que gobierna el proceso penal, es al Estado, por medio de sus órganos predispostos (jueces y Ministerios Públicos), a quien incumbe probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva” (*ibidem*, p. 39).

*prova, fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova*<sup>35</sup>. Em resumo, cada uma das referidas expressões pode ser assim definida: *i) elemento de prova* é “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa” (por exemplo, a declaração de uma testemunha)<sup>36</sup>; *ii) resultado de prova* é “a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato”<sup>37</sup>; *iii) fonte de prova* é a pessoa ou coisa da qual pode-se conseguir o elemento de prova<sup>38</sup>; *iv) meio de prova* é o instrumento ou atividade por meio do qual os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos no processo<sup>39</sup>; *v) meio de obtenção de prova* é o procedimento (em geral, extraprocessual), regulado em lei, pelo qual se busca obter provas materiais (isto é, pelo qual se buscam fontes de prova)<sup>40</sup>.

### **1.3. Direito à prova**

#### **1.3.1. Fundamentos normativos**

O fundamento constitucional do direito à prova reside nos direitos de *ação* e de *defesa* (art. 5º, XXV e LV, respectivamente, da Constituição Federal)<sup>41</sup>.

Essa é a chave para a compreensão do direito à prova: afinal, por um lado, o Estado somente pode exercer a sua pretensão acusatória com suporte nos elementos de informação que tiver obtido; e, por outro, o imputado somente poderá se contrapor a essa pretensão se puder dela se defender, o que compreende o direito de ser ouvido em juízo, com todos os

<sup>35</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia... cit., pp. 307-310.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 308-309.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 309-310.

<sup>41</sup> Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 84; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 80; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...* cit., pp. 217-218. Para DINAMARCO, “o direito à prova é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 240). Na doutrina italiana, COMOGLIO afirma que o direito à prova é “componente essencial” das garantias de ação e de defesa (COMOGLIO, Luigi Paolo. Preclusioni istruttorie e diritto alla prova. *Rivista di diritto processuale*, Bologna, ano LIII, n. 4, out./dez. 1998, p. 979). UBERTIS ressalta que, não obstante o direito à prova possa ser considerado, em relação ao imputado, como o direito de defender-se provando, ele pertence também à acusação, “em condição de paridade com o imputado” (UBERTIS, Giulio. *La prova penale...*cit., p. 68).

poderes necessários (incluindo-se os de produzir prova) para influir positivamente sobre o convencimento do juiz<sup>42</sup>.

O direito à prova também se conecta com os princípios constitucionais do *devido processo legal* e da *presunção de inocência* (art. 5º, LIV e LVII, respectivamente, da Constituição Federal). Deles se extrai “o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade”<sup>43</sup>.

Esse *direito de defender-se provando*, inclusive, é a perspectiva adotada nos tratados internacionais incorporados pelo Brasil nas disposições referentes ao direito à prova<sup>44</sup>. Tanto no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos<sup>45</sup> como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>46</sup> prevê-se à pessoa acusada de um delito a garantia de poder inquirir as testemunhas arroladas pela acusação, bem como de obter o comparecimento em juízo das testemunhas arroladas pela defesa – inclusive peritos ou quaisquer outras pessoas que tenham conhecimento dos fatos imputados ao acusado<sup>47</sup>.

À luz desses tratados internacionais de direitos humanos, percebe-se que o direito à prova está situado em um contexto mais amplo, de positivação do *justo processo*<sup>48</sup>, que

<sup>42</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 84.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>45</sup> “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (Art. 14, item 3.e, do Decreto 592, de 6 de julho de 1992).

<sup>46</sup> “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (art. 8º, item 2.f, do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992).

<sup>47</sup> Da mesma maneira, ainda que não aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, vale citar que, no sistema jurídico europeu, semelhante disposição (precursora, aliás, pois é a mais antiga do que as mencionadas nas notas de rodapé anteriores) está contida na Convenção Europeia de Direitos Humanos, especificamente em seu art. 6º, item 3.d.

<sup>48</sup> Sobre a noção de *justo processo*, sob a ótica da Convenção Europeia de Direitos Humanos, v: TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2014, pp. 21-22 e 35-38. Em suma, para esses autores, o *justo processo* “alude a um ideal de justiça, de sabor jusnaturalístico, que preexiste em relação à lei e é diretamente ligado aos direitos invioláveis de todas as pessoas envolvidas no processo” (*ibidem*, p. 21 – tradução livre do excerto: “la locuzione alude ad un ideale di giustizia, di sapore giusnaturalistico, che preesiste rispetto alla legge ed è direttamente collegato ai diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel proceso”).

engloba um feixe de garantias necessárias para a defesa do imputado, inclusive por meio da produção de provas. Consequentemente, a interpretação que se dá às mencionadas garantias internacionais não se atém à prova testemunhal, estendendo-se a todo tipo de prova necessário para a defesa do imputado<sup>49</sup>.

Esse raciocínio também se reflete no direito à prova para a acusação: ainda que os mencionados diplomas internacionais façam referências apenas à pessoa do acusado, deve-se estender esse direito também para a acusação, no exercício da ação processual penal, uma vez que o direito à prova se extrai também do direito de ação (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), com o qual conecta diretamente o direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Assim, há que se reconhecer que os titulares do direito à prova são tanto o imputado quanto o titular da pretensão acusatória (Ministério Público e ofendido, nas taxativas hipóteses de ação penal de iniciativa privada)<sup>50</sup>.

Apesar de não ser o fundamento normativo do direito à prova, é importante ressaltar outro direito constitucional a ele intimamente ligado: o contraditório (art. 5º, LV, CF). Sob a perspectiva do direito à prova, essa garantia constitucional representa um importante “valor heurístico”, na medida em que o método dialético é considerado, pelos estudos epistemológicos contemporâneos, como o melhor para o “acertamento da verdade dos enunciados”<sup>51</sup>. Além disso, a atividade probatória, especificamente em seus momentos endoprocessuais<sup>52</sup>, deve ser exercida em contraditório<sup>53</sup>, inclusive como forma de legitimação (e controle) do poder punitivo pelas partes (como visto no item 1.1 *supra*).

---

<sup>49</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 74. No mesmo sentido, tratando especificamente da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que contem disposição semelhante às acima vistas: UBERTIS, Giulio. *La prova penale...* cit., p. 68.

<sup>50</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 84.

<sup>51</sup> UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 332.

<sup>52</sup> Item 1.4 *infra*.

<sup>53</sup> Para maiores considerações sobre a incidência do contraditório na formação da prova penal, inclusive à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, v.: UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio... cit., pp. 331-340.

### 1.3.2. *Conteúdo do direito à prova*

Como se pode depreender dos fundamentos normativos do direito à prova, seu conteúdo é igualmente amplo. Isto é, na medida em que tal direito se conecta à garantia do *justo* (ou *devido*) *processo*, sua concretização se dá por várias (e amplas) maneiras, especificamente em todas as atividades que permitam a busca e a coleta de elementos de prova necessários para o concreto exercício dos direitos de ação e de defesa.

Em uma perspectiva endoprocessual, a abarcar o *processo penal de conhecimento* (que é objeto da presente pesquisa), vale destacar a lição de FERRER BELTRÁN acerca do que ele considera como os elementos (inter-relacionados entre si) que compõem o direito à prova. São eles: 1) direito a utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; 2) direito a que as provas sejam produzidas no processo; 3) direito à valoração racional das provas produzidas; 4) obrigação de motivar as decisões judiciais<sup>54</sup>.

Ainda sob o ponto de vista do conteúdo do direito à prova, é igualmente interessante a construção feita por COMOGLIO, sobre as “principais expressões” do direito à prova. Para o professor italiano, o direito à prova é composto por: 1) direito de produzir e deduzir todas as provas necessárias para comprovar o fundamento das próprias alegações; 2) o direito à prova contrária, ou seja, o direito de deduzir e produzir todas as provas que sirvam a demonstrar o contrário do que a parte contrária alega e pretende provar; 3) o direito de utilizar todas as provas que foram deduzidas e admitidas; 4) direito à motivação sobre a prova e sobre os critérios de seleção ou de valoração adotados pelo juiz na decisão do caso concreto<sup>55</sup>.

De tais definições, ainda que com algumas nuances entre elas, é possível vislumbrar um eixo comum que as une: a existência de um *procedimento probatório* no exercício do *direito à prova*. Como será melhor explanado, esse procedimento probatório (ou atividade

---

<sup>54</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., pp. 54-59.

<sup>55</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Preclusioni istruttorie...* cit., p. 979.

probatória) abrange diversos momentos voltados à pesquisa, proposição, admissão, produção e valoração da prova no processo<sup>56</sup>.

### 1.3.3. *Limites do direito à prova*

Por certo, o direito à prova não é absoluto, de modo que possui alguns limites, em ponderação com outros critérios e valores caros ao ordenamento jurídico. Daí advém a compreensão de que ao direito à prova se liga, diametralmente, um *direito à exclusão* de provas: não se admite a prova produzida em violação a normas jurídicas. Nesse sentido, o direito à prova pressupõe, por um lado, que a aquisição probatória se dê em atendimento às normas legais preestabelecidas; e, por outro, que exsurja um direito à exclusão da prova que tiver sido produzida em violação a tais regras<sup>57</sup>.

Para melhor compreensão, os limites do direito à prova podem ser divididos em dois grupos, a depender de seu fundamento: limites de ordem *extraprocessual* e de ordem *processual*<sup>58</sup> – ou, por outros (e semelhantes) termos, limites *políticos e lógicos e epistemológicos*<sup>59</sup>.

No primeiro grupo, fala-se em limite *extraprocessual* na medida em que o seu fundamento é *político*, isto é, decorrente de valores ao ordenamento jurídico, que necessitam ser protegidos “*mesmo que capazes de colocar em risco a ‘descoberta da verdade’*”<sup>60</sup>. A questão, aqui, é ponderar dois grupos de valores em jogo: de um lado, a produção de elementos de prova para a melhor reconstrução dos fatos possível; de outro, valores caros ao sistema jurídico, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a proteção à integridade física e psíquica e a inviolabilidade do domicílio. Nessas situações de conflito, opta-se por privilegiar algum desses valores fundamentais, em detrimento da

---

<sup>56</sup> Tendo em vista que tais momentos probatórios têm particular relevância para a presente pesquisa, na medida em que sua desdobrada análise servirá de base para o estudo da incidência da preclusão em cada etapa da atividade probatória, opta-se, para fins de melhor didática, por tratar esse tema separadamente, no item 1.3 *infra*.

<sup>57</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 93.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>59</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., p. 294.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 297.

reconstrução dos fatos<sup>61</sup>. Nesse contexto, surgem as denominadas *proibições de prova*<sup>62</sup>, a exemplo da proibição de produção de provas contra si mesmo<sup>63</sup>, da proscrição de métodos probatórios que atentem contra a integridade física ou psíquica, como a tortura (art. 5º, III, da Constituição Federal), entre outras proibições<sup>64</sup>.

Por sua vez, os limites *processuais* podem decorrer de razões *epistemológicas*, na medida em que objetivam a melhor qualidade cognitiva do resultado probatório<sup>65</sup>, de modo a “evitar que o convencimento do juiz ou dos jurados possa ser conduzido a conclusões arriscadas, sob o prisma de uma correta reconstrução dos fatos”<sup>66</sup>. Trata-se de “restringir o ingresso de provas que, embora relevantes e dotados de elevado potencial persuasivo, poderiam gerar uma inexata reconstrução histórica dos fatos”<sup>67</sup>. Como exemplos, podem ser mencionados: a *hearsay rule*, que, no sistema da *common law*, impede o testemunho indireto (por exemplo, de uma pessoa que não presenciou os fatos, mas ouviu de um terceiro algo sobre eles); a obrigatoriedade da prova pericial para a demonstração da materialidade nos crimes que deixar vestígios (art. 158 do Código de Processo Penal); restrição de prova relacionada ao estado civil das pessoas (art. 62 do Código de Processo Penal); restrição de compromisso quanto a determinadas testemunhas (art. 208 do Código de Processo Penal)<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> Um valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), cuja afronta acarreta a inadmissibilidade da prova. Assim leciona SUANNES: “*dada a contemplação expressa, em nível constitucional, da dignidade humana, que o mais hediondo dos crimes não faz desaparecer, como valor norteador da conduta do juiz criminal, os meios de prova utilizáveis pelo autor da ação penal não podem ser aqueles que impliquem na desconsideração desse valor maior, menos por ser ele de exigência ética e mais porque se trata de ética constitucionalizada*” (SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 95).

<sup>62</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o tema de *proibição de provas*, v.: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009; ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: un estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

<sup>63</sup> Prevista no art. 8º, item 2.g da Convenção Americana de Direitos Humanos; e que, no ordenamento jurídico brasileiro, se extrai da garantia constitucional de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal).

<sup>64</sup> Como exemplos, ainda, podem ser citados: violação do domicílio sem ordem judicial, interceptação telefônica ilegal, quebra do sigilo profissional (art. 207 do Código de Processo Penal), impedimento de testemunho por relacionamento conjugal ou de parentesco (art. 206 do Código de Processo Penal). Para um estudo detalhado de outras situações de exclusão de prova por limites extraprocessuais, v.: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., pp. 98-130.

<sup>65</sup> TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto...* cit., p. 6.

<sup>66</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 97.

<sup>67</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., p. 296.

<sup>68</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., pp. 97-98.

Os limites processuais também encontram fundamento em motivos *lógicos*, que levam à exclusão dos elementos de provas cujos fatos sejam tidos como *impertinentes* ou *irrelevantes*<sup>69</sup>, de modo que, via de regra, todo elemento de prova *pertinente* ou *relevante* deve ser admitido.

Para GOMES FILHO, a *pertinência* – que se aproximaria do conceito de *materiality*, no âmbito da *common law* – está ligada “à conexão entre a prova oferecida e os fatos controvertidos; não concerne à idoneidade da prova, mas tão somente à sua pertinência com os fatos controvertidos”<sup>70</sup>. Trata-se, assim, de um juízo hipotético sobre a relação entre o *objeto de prova* (o fato específico que se pretende demonstrar por um determinado elemento de prova<sup>71</sup>) e o *thema probandum* (conjunto de fatos cujo accertamento é necessário como fundamento da decisão<sup>72</sup>)<sup>73</sup>. Já pelo conceito de *relevância* “verifica-se se a prova oferecida tem aptidão para estabelecer a existência ou inexistência, verdade ou falsidade, de um outro fato, através do qual seja possível realizar uma inferência lógica”<sup>74</sup>.

Entendimento semelhante é o de BADARÓ, que, ao tratar dos limites lógicos da prova, sustenta que a relação de *pertinência* ocorre “quando houver um juízo de identidade entre esse fato que se pretende provar e fato que integra a imputação ou a causa de pedir”, enquanto que a *relevância* se observa:

quando, na hipótese de ser demonstrado pelo resultado probatório, permita inferir, com base nas máximas de experiência normalmente aceitas, a ocorrência ou incoerência de um aspecto fático da imputação ou causa de pedir<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., pp. 294 e 297-316.

<sup>70</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 131.

<sup>71</sup> Definição extraída de: TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza...* cit., p. 35.

<sup>72</sup> Definição extraída de: *Ibidem*, p. 35.

<sup>73</sup> UBERTIS, Giulio. *La prova penale...* cit., p. 61, com a ressalva de que o autor utiliza a palavra “*regiudicanda*” (em vez de *thema probandum*) e, logo após esse excerto, sugere uma definição que se confundiria com o conceito de *relevância* (*ibidem*, especialmente na nota de rodapé nº 42).

<sup>74</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 131. Em uma definição mais ampla, FERRER BELTRÁN afirma que a relevância da prova advém de juízo hipotético, realizado necessariamente *ex ante* a produção da prova, sobre o seu resultado, de modo a avaliar se ela terá ou não incidência na probabilidade da hipótese factual em discussão (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., p. 69, especialmente nota de rodapé nº 15). Mais adiante, o autor expande a definição para nela incluir a relevância da prova que permita inferir sobre a fidedignidade de outra prova (que, por sua vez, diga respeito diretamente aos enunciados fáticos que se pretende demonstrar). Trata-se da *relevância* do que ele denomina de *prova de segunda ordem*, ou *prova sobre a prova* (*ibidem*, pp. 89-90) – o que, na doutrina brasileira, é denominado por PRADO como a *fiabilidade* da prova (PRADO, Geraldo. *Provas eticamente inadmissíveis...* cit., pp. 83-89).

<sup>75</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., p. 315.

Assim, para esse autor, o fato *pertinente* é aquele que tem por objeto o fato principal ou jurídico da imputação (*i.e.*, o fato típico, antijurídico e culpável, incluindo sua autoria e eventuais aspectos fáticos relacionados à dosimetria da pena), ao passo que o fato *relevante* tem por objeto um fato secundário ou circunstancial (que, por inferência, se relacione com o fato principal)<sup>76</sup>.

#### 1.4. Momentos da atividade probatória

Não há um consenso na doutrina processual sobre a definição dos momentos do procedimento probatório (ou atividade probatória). No fundo, as definições acabam discorrendo sobre um mesmo plano de atividades probatórias; contudo, as diferenças (sobretudo terminológicas) são chamativas.

Na doutrina espanhola, FERRER BELTRÁN refere-se a três momentos da atividade probatória: *i*) a conformação do conjunto de elementos de prova (entendida como proposição e produção de provas), sobre cuja base será adotada a decisão; *ii*) a valoração desses elementos; *iii*) a adoção de uma decisão, com base na valoração (anteriormente feita) dos elementos de prova e de acordo com um determinado *standard* de prova, para se decidir se uma hipótese pode ou não ser declarada provada<sup>77</sup>.

No cenário italiano, CORDERO decompõe o “fenômeno probatório” em dois elementos: a *admissão*, que consiste em uma pronúncia de caráter decisório-processual; e a *aquisição*, que é a operação pela qual a prova é formada ou introduzida no processo. A *admissão* e a *aquisição* são termos consecutivos e juridicamente concatenados, que formam a figura do *procedimento*: admitida a prova, deve o juiz adquiri-la (o que, a depender do elemento de prova, pode se manifestar em um só ato, a exemplo do que ocorre com o documento)<sup>78</sup>.

O mesmo raciocínio é desenvolvido por UBERTIS, para quem o procedimento probatório é composto de duas etapas. Na primeira, o magistrado, de ofício ou a

---

<sup>76</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova... cit., p. 315.

<sup>77</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., pp. 41-49.

<sup>78</sup> CORDERO, Franco. *Tre studi...* cit., pp. 52-53.

requerimento da parte, decide sobre a *admissão* da “fonte e/ou meio de prova”; na segunda, caso a decisão seja positiva, procede-se à concreta introjeção do elemento de prova, por meio da *assunção* da “fonte e/ou meio de prova”. O conjunto dessas duas fases (de admissão e assunção) configura o que ele denomina de regime de aquisição do “elemento e/ou da fonte de prova”<sup>79</sup>.

Por sua vez, FLORIAN aponta cinco “manifestações” da “*atividade processual endereçada a preparar e desenvolver a prova em seus vários elementos*”<sup>80</sup>: *i*) indicação da prova; *ii*) efetiva pesquisa (pesquisa material) da prova; *iii*) produção da prova; *iv*) admissão da prova; *v*) assunção da prova<sup>81</sup>.

Já TONINI e CONTI afirmam que, pelas disposições do Código de Processo Penal italiano atualmente vigente, o procedimento probatório é regulamentado pelos momentos de: *i*) pesquisa (de fontes de prova); *ii*) admissão (de meios de prova); *iii*) assunção; e *iv*) valoração (dos elementos de prova)<sup>82</sup>.

No cenário brasileiro, LOPES JR. fala em quatro momentos da prova, a saber: *i*) postulação (denúncia ou resposta escrita); *ii*) admissão (pelo juiz); *iii*) produção (instrução); e *iv*) valoração (na sentença)<sup>83</sup>.

GOMES FILHO, por sua vez, ao tratar do conteúdo do direito à prova, menciona a abordagem existente na doutrina a respeito do *procedimento probatório*, ressaltando que ela seria insuficiente, por tratar apenas de aspectos endoprocessuais – quando, na verdade, o direito à prova deve ser reconhecido não apenas no âmbito do processo, mas também antes ou fora dele<sup>84</sup>. Por isso, o professor inicia a explanação do conteúdo do direito à prova (que, na verdade, diz respeito aos momentos da atividade probatória) com o *direito à*

<sup>79</sup> UBERTIS, Giulio. *La prova penale...* cit., p. 52.

<sup>80</sup> Tradução livre do excerto: “*L’attività processuale indirizzata a preparare ed a sviluppare la prova nei suoi vari elementi*” (FLORIAN, Eugenio. *Delle prove...* cit., p. 232).

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>82</sup> TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto..* cit., pp. 60-68.

<sup>83</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 558. Igualmente, RANGEL divide o procedimento probatório em quatro fases: “*a*) proposição das provas (indicação pelas partes); *b*) admissão das provas (quando o juiz manifesta-se sobre a sua admissibilidade); *c*) produção das provas (contradição feita pelas partes); e *d*) valoração das provas (apreciação pelo juiz na sentença)” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 493). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 113.

<sup>84</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., pp. 85-86.

*investigação*<sup>85</sup>, para, na sequência, já em uma perspectiva endoprocessual, tratar dos direitos à *proposição, admissão, produção e valoração*<sup>86</sup>.

Essa divisão foi posteriormente adotada por YARSHELL, que, não obstante se refira ao *conteúdo* da prova, aborda, no fundo, os momentos de sua atividade. Para o autor, o direito à prova abarca “*as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e, finalmente, de obter a correspondente valoração*”<sup>87</sup>. Essa explicação poderia ser resumida, sob a ótica dos momentos do procedimento probatório, nas seguintes etapas, respectivamente: investigação, propositura, admissão, produção e valoração. Também BADARÓ partilha desse entendimento, ao afirmar que “*o conteúdo desse direito [à prova] envolve cinco momentos distintos: (1) investigação; (2) propositura; (3) admissão; (4) produção; (5) valoração*”<sup>88</sup>. Igualmente aqui, apesar do autor se referir a *conteúdo*, a classificação por ele feita amolda-se perfeitamente aos *momentos* da atividade probatória.

No presente trabalho, será adotada a classificação feita por GOMES FILHO<sup>89</sup> – que, como visto acima, foi adotada por YARSHELL e BADARÓ. São dois os motivos para tanto: em primeiro lugar, a didática do citado professor na separação dos momentos probatórios, o que permitirá à presente pesquisa melhor análise sobre a incidência da preclusão em cada um deles; em segundo lugar, a divisão mais categórica, em mais momentos do que aqueles, por exemplo, citados na doutrina italiana acima referenciada, o que permite melhor análise de toda a atividade probatória, por cada etapa dela.

#### **1.4.1. Investigação**

Como mencionado acima, GOMES FILHO sustenta que “*o direito à prova também dever ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que*

---

<sup>85</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., pp. 86-87.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 88-89.

<sup>87</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210. O autor cita a obra de GOMES FILHO como referência sobre o conteúdo do direito à prova (*ibidem*, nota de rodapé nº 8).

<sup>88</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova...* cit., p. 293.

<sup>89</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., pp. 86-89.

*autorizem a persecução, ou possam evitá-la*<sup>90</sup>. Essa perspectiva do direito à prova – que é *extraprocessual* – é denominada por ele de *direito à investigação*, que se destina à busca de elementos de informação que possam autorizar ou evitar o início de uma ação penal.

No mesmo sentido caminha YARSHELL, que igualmente sustenta um *direito à investigação*<sup>91</sup>. Para esse autor, “*buscar a fonte, no mais das vezes, também é produzir prova, ainda que não se esteja, aí, pensando diretamente na formação do convencimento do juiz que aplicará o direito no caso concreto, mas sim nos sujeitos parciais*”<sup>92</sup>. Com base nisso, propõe uma nova distinção terminológica, entre *direito à prova* e *direito de provar*. Nessa perspectiva, o *direito à prova* é entendido como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição da prova, desvinculado da declaração do direito em um determinado caso concreto (*i.e.*, de um processo), ao passo que o *direito de provar* compreende o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo (ou seja, por uma visão endoprocessual)<sup>93</sup>.

#### 1.4.2. *Propositura*

O segundo momento da atividade probatória, inserido numa perspectiva endoprocessual, ocorre justamente com o pedido feito ao juiz para introdução do material probatório no processo. É pela iniciativa das partes<sup>94</sup> que as provas serão levadas à persecução penal, por meio de sua indicação ao magistrado<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 86.

<sup>91</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* cit., pp. 212-231.

<sup>92</sup> *Ibidem*, 212-213. Com foco na antecipação da prova e no direito autônomo à prova (objeto da tese), resume o autor que “*investigar é, no mais das vezes, produzir prova, e, se considerado o processo declaratório do direito, produzir prova de forma antecipada (pré-constituição)*” (*ibidem*, p. 213).

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 232-233. Nessa obra, o autor distingue o *direito à prova* e o *direito de provar* para demonstrar (pelo primeiro) o direito de invocar a intervenção estatal para a produção de certa prova, fora do escopo de um processo (e, portanto, não dirigida, *a priori*, ao julgamento estatal), que seria importante para a formação do convencimento das partes, “*servindo como um guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro lado, para a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição*” (*ibidem*, p. 304).

<sup>94</sup> Com a ressalva aos poderes instrutórios do juiz, tema que será tratado no item 1.5 *infra*.

<sup>95</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 88.

Importante observar que não só as partes podem *propor* as provas, mas também outros interessados, a exemplo, no cenário jurídico brasileiro, do ofendido, que, se admitido como assistente de acusação, poderá “*propor meios de prova*” (art. 271 do CPP).

### 1.4.3. Admissão

*Proposta* a prova, passa-se ao momento de sua *admissão* ao processo. É nesse momento que reside “o núcleo do direito aqui examinado: é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova”<sup>96</sup>.

Tal importância se reflete nos filtros de admissão da prova, pelos quais se exerce um controle (de ordem política e epistemológica<sup>97</sup>) sobre quais provas podem ser introduzidas no processo – e, conseqüentemente, quais não podem, por impedimentos de ordem extraprocessual (política) ou processual (lógica e epistemológica). Em outras palavras, os critérios de *admissibilidade*, *pertinência* e *relevância* permitem ao juiz controlar a efetiva e correta concretização do direito à prova, de modo a *excluir* (direito à exclusão) aquelas provas que não atenderem a tais critérios<sup>98</sup>.

### 1.4.4. Produção

*Admitida* a prova, passa-se, então, à sua *produção*, isto é, à sua formação para subsequente introjeção no processo.

Nesse ponto, para melhor compreensão desse momento probatório, cabe distinguir a prova em pré-constituída e *constituenda* (i.e., por constituir). Na primeira espécie, cujo maior exemplo é a prova documental, o momento da produção confunde-se, muitas vezes,

---

<sup>96</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 88.

<sup>97</sup> Cfr. item 1.3.3 *supra*.

<sup>98</sup> Na doutrina italiana, afirma-se que a admissão da prova deve ocorrer com base em quatro critérios, quais sejam: *i*) a prova deve ser *pertinente*, ou seja, deve estar relacionada à existência do fato histórico enunciado na imputação; *ii*) a prova *não pode ser vedada pela lei*; *iii*) a prova não pode ser *superflua*, isto é, superabundante; *iv*) a prova deve ser *relevante*, útil para o accertamento, de modo que o seu resultado seja idôneo a demonstrar a existência do fato a provar (TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto...* cit., p. 62).

com o momento da propositura, pois, por ser pré-constituída, com o ato pelo qual se requer a sua produção ela já exsurgerà *formada* no processo<sup>99</sup> (ressalvada a hipótese de pedido para requisição judicial de documento). Na segunda espécie, uma vez *admitida* a prova, passa-se, então, em um posterior momento, à sua efetiva *produção* – v.g., como ocorre com a prova testemunhal, na medida em que, admitido esse meio de prova, será necessário, então, que se proceda à tomada do depoimento da testemunha, em uma audiência com a participação das partes.

De uma maneira ou de outra, para melhor qualidade na *produção* da prova e, também, em observância à garantia do *devido processo legal*, necessário que nesse momento probatório se garanta o *contraditório*, por meio da participação das partes seja sobre a introdução de uma prova pré-constituída, seja pela participação na instrução judicial.

#### 1.4.5. *Valoração*

O último momento reside na *valoração* dos elementos de prova existentes no processo. De nada adiantariam todas as atividades anteriores se a prova *proposta, admitida e produzida* não fosse apreciada pelo juiz: afinal, a atividade probatória somente se justifica pelo objetivo das partes em convencer o juiz sobre o acerto (ou melhor, sobre a comprovação) de suas respectivas pretensões.

Para que se alcance uma efetiva *valoração*, que possa ser compreendida e controlada pelas partes envolvidas, é imprescindível que a *valoração* da prova se dê por meio de uma decisão judicial *fundamentada* (art. 93, IX, da CF), porquanto somente a devida *motivação* da decisão poderá assegurar a efetividade do direito à prova<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 488. Segundo CORDERO (que adota outra classificação dos momentos da atividade probatória), em caso de prova documental, haverá junção das etapas de admissão e assunção – que equivale à produção (CORDERO, Franco. *Tre studi...* cit., p. 53).

<sup>100</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 89.

## 1.5. Ônus da prova no processo penal

Para o escopo da presente pesquisa é importante analisar o *ônus* da prova, para se compreender de que maneira ele se desdobra no processo penal – e, assim, possibilitar a análise da incidência da preclusão nesse campo.

Entende-se que a análise sob o ponto de vista de *ônus* revelaria uma ótica *negativa* do direito à prova, que, assim, seria insuficiente para o estudo sob a sua dimensão *positiva*<sup>101</sup>. Contudo, mesmo assim a análise dessa perspectiva *negativa* é importante para dimensionar o direito à prova, porquanto o insere como uma carga, um peso do qual a parte tem que se desincumbir para comprovar a pretensão acusatória (no caso do Ministério Público ou do querelante) ou para resistir a essa pretensão (no caso da defesa)<sup>102</sup>. Por isso, a análise do *ônus da prova* é importante para se compreender em que medida as partes exercem o direito à prova no jogo processual, ainda que elas não tenham o *dever* de exercê-lo e, mais, ainda que essa perspectiva não tenha o condão de exaurir todo o conteúdo do direito à prova.

A importância dessa análise se torna ainda mais evidente ao se perceber que, como afirma YARSHELL, os elementos de prova não se prestam apenas para o êxito da parte em juízo (especificamente no processo penal, para a comprovação da tese acusatória ou para a resistência exercida pela defesa contra a acusação), mas também para a consecução dos escopos jurídico e social do processo. Dessa maneira, a não satisfação do *ônus da prova* não acarreta consequências desfavoráveis apenas pela parte que poderia exercê-lo, mas também para o interesse público presente no processo (e que, no processo penal, adquire grande relevância, dada a indisponibilidade dos bens jurídicos que nele estão em jogo)<sup>103</sup>.

Na doutrina nacional, o estudo mais aprofundado sobre o tema foi realizado por BADARÓ<sup>104</sup>, que subdividiu o *ônus* pelos aspectos *objetivo* e *subjetivo*<sup>105</sup>, voltados,

---

<sup>101</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...* cit., p. 83; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* cit., p. 47.

<sup>102</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* cit., p. 47. Linhas à frente, o autor sintetiza a importância do estudo do direito à prova sob o ponto de vista de *ônus*: “*estudar a prova – inclusive aquela produzida de forma antecipada – como ônus é, ao mesmo tempo, preparar seu exame sob outros ângulos em relação aos sujeitos parciais (dever e direito) e mesmo com referência ao poder exercido pelo Estado, na pessoa do juiz*” (*ibidem*, p. 48).

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>104</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit.

respectivamente, ao juiz (como regra de julgamento) e às partes (como direcionamento de suas atividades no processo).

### 1.5.1. Ônus objetivo

O ônus objetivo da prova é voltado para a atuação do juiz, especificamente para a regra de julgamento que ele deve adotar caso fique em dúvida no momento da decisão. Afinal, como o sistema jurídico não permite o *non liquet*, há de se conjecturar a hipótese das partes não terem produzido provas (ao longo do processo) suficientes para convencer o juiz sobre a veracidade dos enunciados fáticos alegados. Nessa situação, o ordenamento estabelece regras para a decisão a ser proferida mesmo nesse estado de insuperável dúvida – o que, como se pode perceber, acarretará uma distribuição de riscos entre as partes, já que uma delas terá que arcar com as consequências (isto é, desvantagens) da incerteza sobre a alegação de fato não provada<sup>106</sup>.

Nesse contexto, a raiz da regra de julgamento é extraída do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), que, sob o aspecto probatório, se revela pelo princípio do *in dubio pro reo*<sup>107</sup>. Assim, em caso de dúvida, impõe-se ao juiz que decida favoravelmente ao imputado, como maneira de concretizar um critério político escolhido pela Constituição Federal para o processo penal: afinal, é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente<sup>108</sup>.

Por esses motivos, é possível chegar à constatação de que “o ônus objetivo da prova é um mecanismo técnico-processual de realização da garantia política da presunção de inocência”<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Malgrado não apresente interesse para os fins da presente pesquisa, vale mencionar que, na doutrina italiana, encontra-se referência ao ônus *formal* da prova (como imposição à parte para que requeira ao juiz a admissão da prova que reputa útil) e ao ônus *substancial* da prova (como imposição à parte de convencer o juiz sobre a existência do fato afirmado). Nesse sentido: TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto...* cit., pp. 69-71.

<sup>106</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., pp. 178-181.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 293-297. Em obra específica sobre o conteúdo da presunção de inocência, com o seu exame sob os seus aspectos de “norma probatória” e “norma de juízo”: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...* cit., pp. 402-407 e 461-481.

<sup>108</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 299.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 300.

### 1.5.2. Ônus subjetivo

O ônus da prova sob o viés *subjetivo* remonta ao “*encargo que pesa sobre as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo, pelos meios de prova*”<sup>110</sup>, de modo a direcionar as partes em sua atividade probatória, à luz das vantagens de desvantagens que podem advir de sua ação ou omissão. É dizer, por meio da indicação dos possíveis prejuízos que as partes podem suportar no processo em razão do não adimplemento do ônus de provar, estabelece-se uma pressão psicológica às partes, com a finalidade de motivá-las a provar suas alegações em juízo<sup>111</sup>.

Analisando a questão especificamente sob o prisma do imputado, percebe-se que também aqui incide o princípio constitucional da presunção de inocência, sob o seu significado do *in dubio pro reo*, o que acarreta o impedimento de se impor ao imputado qualquer ônus probatório<sup>112</sup>. Afinal, se o acusado nada provar (isto é, se ele permanecer em silêncio e não se defender da acusação que lhe é feita), ainda assim o juiz, no momento da decisão, pode considerar que as alegações acusatórias não foram suficientemente provadas, de modo que a sua dúvida, por disposição constitucional, deverá ser resolvida favoravelmente ao imputado.

Por certo, isso não elimina o interesse do imputado na produção de elementos de prova que embasem a sua defesa, inclusive como maneira de resistir à pretensão acusatória – afinal, malgrado o réu possa ser absolvido mesmo se se quedar inerte na atividade probatória, pode ser de seu interesse reagir à imputação que lhe é feita. Nessa perspectiva, a atividade probatória do acusado poderia ser vista como um ônus, na medida em que o seu inadimplemento não lhe causaria, por si, nenhum prejuízo (ao contrário de um *dever*). Todavia, trata-se de um ônus imperfeito, na medida em que “*a produção de prova pelo acusado não seria a condição necessária e inafastável para a obtenção da vantagem consistente na absolvição*”<sup>113</sup>. Assim, a inércia do acusado em seu *onus probandi*:

poderia ser compensada pela atividade do juiz, determinando-se de ofício a realização de uma prova que demonstrasse a sua inocência, ou mesmo pela atividade do próprio Ministério Público<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 181.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 231-233.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

Por outro lado, o ônus de provar os fatos que constituem a pretensão acusatória cabe exclusivamente ao acusador, que pode ser Ministério Público ou querelante. Dada a distinção entre essas duas figuras acusatórias, para fins de melhor didática faz-se necessário tratar o *ônus de prova* de cada uma delas separadamente.

O Ministério Público, órgão constitucionalmente investido da promoção da ação penal (art. 129, I, da Constituição Federal), tem o *dever* de acusar sempre que estiver em posse de elementos de informação que indiquem a possível prática de um delito e seu autor. Assim, para o exercício da ação penal, não se pode falar em um *ônus* de denunciar, mas sim em um *dever* de oferecer a denúncia, em razão de seu dever funcional constitucionalmente previsto<sup>115</sup>.

Uma vez oferecida a denúncia, caso ela seja recebida, a atividade probatória do Ministério Público não pode ser considerada um dever (uma vez que o seu descumprimento não lhe acarreta qualquer sanção), mas sim um *ônus*, porquanto conectado ao seu interesse em ver comprovada a sua tese acusatória. O ato de oferecimento de denúncia e, depois, o ato de provar as afirmações acusatórias no decorrer do processo penal são distintos, de modo que o pressuposto para o exercício de cada um deles é diverso<sup>116</sup>.

Assim, é possível afirmar que “*ao Ministério Público incumbe o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável*”<sup>117</sup>; o descumprimento desse ônus acarreta uma insuficiência probatória que, pelas regras do *ônus objetivo* vistas acima, deve ser decidida em sua desvantagem (*i.e.*, em favor do réu).

Já em relação ao querelante não se pode afirmar que exista para ele um *dever* de acusar, em razão da disponibilidade da ação penal privada. Assim, não obstante incidam as mesmas regras de *standard* probatório para o oferecimento (e recebimento) da queixa-crime, o exercício da acusação pelo ofendido não pode ser considerado um *dever*, pois cabe a ele livremente decidir pelo exercício ou não da ação penal. Contudo, uma vez

<sup>115</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., pp. 228-229.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

oferecida a queixa-crime, tem o querelante o *ônus* de produzir as provas de suas alegações<sup>118</sup>, o que se destaca, inclusive, pela própria disponibilidade da ação penal (art. 60 do Código de Processo Penal). Assim, se o querelante não se desincumbir desse *ônus*, não terá a sua pretensão acusatória reconhecida pelo juiz.

De todo modo, o *ônus* subjetivo da prova é atenuado por dois fatores que permeiam o processo penal: a regra da comunhão ou aquisição da prova (pela qual a prova, depois de produzida e introjetada no processo, passa a ser comum, de modo que pode gerar resultados tanto em benefício como em prejuízo de quem a produziu, ou mesmo da parte contrária); e os poderes instrutórios do juiz<sup>119</sup>.

Sobre esse último fator, é importante destacar que os poderes instrutórios do juiz não conflitam com o direito à prova das partes, na medida em que representam uma atividade supletiva à atividade probatória das partes. O exercício do direito à prova pelas partes não implica um monopólio delas de tal exercício, de modo que pode coexistir com os poderes instrutórios do juiz<sup>120</sup>. Dessa maneira, o convencimento judicial sobre uma determinada hipótese não precisa ser formado necessariamente (e apenas) com base nos elementos de prova trazidos pelas partes no processo:

as partes dispõem das provas somente em *positivo*, isto é, no sentido de que têm o direito à admissão das provas requeridas, mas não dispõem em *negativo*, no sentido de que sua inércia possa precluir a admissão pelo juiz das provas necessárias ao acerto dos fatos<sup>121</sup>.

Por isso é que se afirma que, no processo penal, o *ônus* subjetivo é *imperfeito*, “*pois, além da atividade da parte onerada, também é possível a produção de prova por iniciativa judicial, bem como a utilização das provas produzidas pela parte contrária*”<sup>122</sup>. Assim, para ambas as partes processuais (acusação e defesa), “*é possível que, mesmo sem ter praticado ato probatório, ao final do processo a parte omissa não sofra uma consequência negativa*”<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., pp. 235-236.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 185-186.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 113-114.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 433.

## 1.6. Poderes instrutórios do juiz

O tema dos *poderes instrutórios do juiz* é complexo, por envolver diversas questões processuais que se entrelaçam e que, em alguns pontos, podem parecer incongruentes entre si. Pode-se afirmar que existem dois entendimentos doutrinários a respeito do tema: a favor e contra os poderes instrutórios do juiz. Ambos posicionamentos abordam algumas questões comuns (a exemplo da conformação do sistema processual, a (im)parcialidade do julgador, a função do processo, entre outras), de modo que a discordância entre os dois posicionamentos decorre da leitura que se faz de tais questões.

### 1.6.1. (segue): posição favorável

Para aqueles que defendem os poderes instrutórios do juiz<sup>124</sup>, a discussão se inicia pela distinção entre modelos processuais, sendo de grande importância o rigor terminológico na utilização das expressões “acusatório/inquisitório” e “adversarial/inquisitorial”<sup>125</sup>. Apesar da importância do estudo desses modelos processuais (inclusive para o tema tratado nesse item), vale ressaltar que, em última análise, tais modelos configuram uma abstração, uma construção dogmática que não necessariamente reflete um sistema processual concreto. Quer-se dizer, com isso, que tais definições têm

---

<sup>124</sup> Na doutrina brasileira, v.: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, pp. 71-79, jul./set. 1999; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco*. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, pp. 211-234; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 2-3, jul. 2008; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., pp. 112-125; 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, pp. 257-261; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Com a palavra, as partes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 17-18, jul. 2008; e, com algumas ressalvas, DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal...* cit., pp. 102-108; e PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...* cit., pp. 216-225. Na doutrina italiana, entre outros, v.: TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 172-179. Na doutrina espanhola, v.: FERRER BELTRÁN, Jordi. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 36, pp. 89-105, dez., 2017, disponível em <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>> (acesso em 09.01.18). Nesse artigo, o autor faz uma interessante análise sobre as “debilidades das objeções tradicionais aos poderes probatórios do juiz”, concluindo que há “boas razões epistêmicas para atribuir ao juiz, às partes ou ao juiz e às partes certas facultades probatórias e não outras” (*ibidem*, p. 105).

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória... cit., pp. 71-72 (acusatório/inquisitório) e 72-73 (adversarial/inquisitorial); ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., pp. 25-27, 35-42 (acusatório/inquisitório) e 42-53 (adversarial/inquisitorial).

um grande significado histórico e, principalmente, dogmático, mas dificilmente encontram uma justaposição em um sistema processual penal concreto<sup>126</sup>.

Na dualidade entre “sistema *acusatório*” e “sistema *inquisitório*”, o primeiro compreende um sistema jurídico em que as funções processuais de acusar, defender e julgar estão bem separadas, de modo que cada uma delas está atribuída a um órgão distinto. Tais funções, assim, não se confundem, pois desempenhadas por atores diferentes no processo. Já no sistema *inquisitório*, essas funções estão reunidas em um mesmo órgão (geralmente denominado de inquisidor), que desempenha de forma espontânea as funções, notadamente, de acusar e julgar<sup>127</sup>.

Por sua vez, a dicotomia entre sistemas *adversarial* e *inquisitorial* explica-se da seguinte maneira<sup>128</sup>: no primeiro, o desenvolvimento do processo fica a cargo eminentemente das partes, verdadeiros adversários que, por meio do embate de ideias e

---

<sup>126</sup> Assim explica ILLUMINATI: “*O que é certo é que a noção de processo acusatório como aquela contraposta à de processo inquisitivo é fruto de um exercício de abstração. [...] Tanto é assim que as características do sistema acusatório apenas se identificam por contraposição às características do sistema inquisitivo, e vice-versa: cada um desses modelos constitui um tipo ou modelo ideal, que se situaria nos extremos de um continuum, dentro de cujas margens podem ser combinados de diversos modos, atendendo a múltiplas variáveis*” – tradução livre do excerto: “*Lo que sí es cierto es que la noción de proceso acusatorio como aquella contrapuesta a la de proceso inquisitivo, es fruto de un ejercicio de abstracción. [...] Tan es así, que los caracteres del sistema acusatorio sólo se identifican por contraposición a los caracteres del sistema inquisitivo, y viceversa: cada uno de estos modelos constituye un tipo o modelo ideal, que se situaría en los extremos de un continuum, dentro de cuyos márgenes pueden combinarse de diversos modos, atendiendo a múltiples variables*” (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 136-137).

<sup>127</sup> Dentre as principais características do modelo *inquisitório*, GOLDSCHMIDT menciona essa confusão dos papéis de julgar e acusar em um mesmo órgão: “*o júzo criminal, ao considerar que há indícios suficientes de um fato punível, procede de ofício e recolhe por si mesmo o material, a fim de adquirir o convencimento sobre a ocorrência do delito*” – tradução livre do excerto: “[...] *el Juzgado criminal, al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, proceda de oficio y recoja por sí mismo el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito*” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. Tomo I: problemas fundamentales del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 779).

<sup>128</sup> A distinção entre os modelos *adversarial* e *não-adversarial* (equivalente ao termo “*inquisitorial*”, aqui usado) é explicada por DAMASKA: “*O modelo adversarial de processo toma sua forma por uma competição ou disputa: desenvolve-se como uma batalha entre dois adversários perante um tomador de decisões relativamente passivo, cuja principal função é alcançar um veredicto. O modelo não-adversarial é estruturado por uma investigação oficial. Sob o primeiro sistema, os dois adversários se encarregam da maioria das ações processuais; sob o segundo, oficiais desempenham a maior parte dessas funções*” – tradução livre do excerto: “*The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities*” (DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986, p. 03).

vontades, colocam o processo em marcha<sup>129</sup>; no segundo, a atuação processual centra-se no juiz, que é o protagonista no desempenho das atividades processuais e, assim, no andar da marcha processual, de modo que, uma vez proposta a ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Definidos esses dois planos (acusatório/inquisitório e adversarial/inquisitorial), afirma-se que o tema dos poderes instrutórios do juiz deve ser analisado sob o ponto de vista da dicotomia “adversarial x inquisitorial”, na medida em que a atuação do juiz pode significar uma maior ou menor interferência na marcha processual (em cotejamento com a atuação das partes nesse escopo). Não há confusão entre os papéis desempenhados por cada ator do processo (de maneira que o sistema permanece acusatório), mas sim uma diferença no grau de iniciativa do juiz no desenvolvimento do processo<sup>130</sup>.

Ao *instruir*, o juiz somente busca ter mais elementos para subsidiar a sua decisão, a fim de que seja a mais justa possível (isto é, a mais próxima possível de uma reconstrução fidedigna dos fatos apurados). Nessa tarefa, o magistrado não se imiscui na função de acusar ou defender, pois ele não está predeterminado a provar um ou outro ponto de vista da relação processual. Não há, assim, perigo à sua imparcialidade, pois, “*quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o*

---

<sup>129</sup> Para ARMENTA DEU, o modelo *adversarial* é fortemente centrado na *iniciativa das partes*, que se mostra fundamental tanto para o início e o desenvolvimento da atividade processual, como para a atividade probatória: “[...] *há consenso em centrar a essencialidade do modelo [adversarial] nas seguintes notas: em primeiro lugar, a iniciativa das partes, tanto para promover a ação quanto para provar, ou, o que é o mesmo, a posição do juiz absolutamente neutra e equidistante*” – tradução livre do excerto: “[...] *existe asimismo acuerdo en centrar la esencialidad del modelo en las siguientes notas: en primer término, la iniciativa de las partes, tanto para accionar cuanto para probar, o lo que es el mismo, la posición del juez absolutamente neutral y equidistante*” (ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América: ¿Un camino de ida y vuelta?*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 33).

<sup>130</sup> Esse é o raciocínio desenvolvido por ZILLI para rebater a alegação de que a iniciativa instrutória do juiz no processo penal seria incompatível com o sistema adversarial, tendo vinculação com o sistema inquisitorial: “*afigura-se mais correto asseverar a existência de uma diferença quanto ao grau desta iniciativa, qual seja, preponderante no sistema inquisitório [rectius, inquisitorial] e restrito no sistema ‘adversarial’*” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., pp. 72-73). No mesmo sentido, sustenta BADARÓ: “*não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios, que lhe permitam determinar a produção das provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade. A essência do processo acusatório está na separação das funções de acusar, julgar e defender. A ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, mas não um traço essencial*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 154). Ainda: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória...* cit., pp. 72 e 77.

resultado”, de modo que “*apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente*”<sup>131</sup>.

Nesse contexto, a doutrina aponta um esclarecimento terminológico que visa impedir uma leitura sob o prisma *inquisitorial*: em vez de *poderes* instrutórios do juiz, prefere-se utilizar a expressão *iniciativa* instrutória do juiz. Falar-se em *iniciativa* melhor representa o exercício do poder do juiz na condução da marcha processual, em contraposição à expressão *atividade* instrutória, “*invariavelmente associada à ideia de continuidade, habitualidade e permanência, características mais próximas de um ‘juiz inquisidor’*”<sup>132</sup>.

Colocada a questão nesses termos, chega-se à primeira justificativa favorável à aceitação da *iniciativa instrutória* do juiz: a perspectiva *publicista* do processo. Mesmo na conformação adversarial do sistema jurídico, em que a marcha processual está eminentemente a cargo da atividade das partes, não se exclui a finalidade precípua do processo, de aplicar o direito material de modo a *pacificar com justiça*<sup>133</sup>. É dizer, seja na perspectiva *adversarial*, seja na *inquisitorial*, o processo tem, em sua essência, uma finalidade publicística, voltada (no âmbito processual penal, especificamente) a, de um lado, “*tornar efetiva a aplicação das normas de direito material*” e, de outro, “*para*

<sup>131</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios...* cit., pp. 119-120. O autor, com apoio em BARBOSA MOREIRA, questiona a *omissão* do juiz em determinar a produção de uma prova, o que acabaria por beneficiar a parte a quem a realização dessa prova resultaria desfavorável e, assim, comprometeria a imparcialidade do julgador (*ibidem*, p. 120 e nota de rodapé nº 112). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 74; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 144. Para TARUFFO, o argumento de perda de imparcialidade se funda em noções psicológicas “pouco ingênuas” e carentes de fundamentação, consignando que “*no momento em que ele [o juiz] dispõe de ofício a aquisição de um meio de prova, pode não ficar convencido de nada: simplesmente descobriu que aquele meio de prova poderia ser útil ao accertamento dos fatos. Isso não implica certamente que ao valor o êxito da prova ele deva ser parcial em favor de uma parte ou da outra parte*” – tradução livre do excerto: “*nel momento in cui egli dispone d’ufficio l’acquisizione di un mezzo di prova può non essere convinto di nulla: semplicemente ha scoperto che quel mezzo di prova potrebbe essere utile all’accertamento dei fatti. Ciò non implica certamente che nel valutare l’esito della prova egli debba essere parziale in favore di una parte o dell’altra parte*” (TARUFFO, Michele. *La semplice verità...* cit., p. 176). Por sua vez, BADARÓ afirma que “*num certo sentido, os poderes instrutórios do juiz no processo penal são prejudiciais ao acusado*”, pois uma prova produzida *ex officio* poderia demonstrar a culpa do acusado e, assim, embasar uma sentença condenatória. Mesmo assim, para o autor, “*isso não significa perda de imparcialidade, mas sim privilegiar um modelo que permita uma reconstrução dos fatos mais eficiente*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 120, nota de rodapé nº 227).

<sup>132</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., pp. 31-32. Também GRINOVER prefere o uso da palavra *iniciativa*, diante da apontada necessidade de observância do contraditório na *iniciativa* instrutória do juiz: “*por isso mesmo prefere-se o termo ‘iniciativa do juiz’ ao de ‘atividade do juiz’, porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita da prova*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 74).

<sup>133</sup> Sobre os escopos sociais do processo e, particularmente, a pacificação com justiça, v: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., pp. 188-191.

*impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar*”<sup>134</sup>.

Mesmo no modelo de desenvolvimento oficial (*inquisitorial*) – inclusive sob o aspecto da iniciativa instrutória – há “*uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social*”, de modo que:

se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social<sup>135</sup>.

Especificamente no âmbito do processo penal, o “*compromisso com a dimensão pública dada pela natureza dos interesses envolvidos*” (que são, de um lado, o poder punitivo do Estado, e, de outro, a preservação da liberdade do indivíduo)<sup>136</sup> deve motivar o juiz a buscar o melhor acerto fático possível, a fim de aplicar o direito material (que reflete o poder punitivo do Estado) da maneira mais justa possível<sup>137</sup>.

Ligado a isso, a iniciativa instrutória do juiz também se justifica por um motivo *epistemológico*: a reconstrução dos fatos pode ser muito mais efetiva se for também conduzida pelo juiz (além das partes)<sup>138</sup>. Não se nega que a atuação das partes no embate processual, ou seja, no desenvolvimento dialético pode ser um bom meio de pesquisa da verdade; mas pode, também, se tornar uma disputa de pontos de vista individuais, voltados à vitória no processo – e não, propriamente, a um melhor esclarecimento instrutório<sup>139</sup>.

A doutrina ainda aponta duas ordens do que poderia ser chamado de *limites* ou *balizas* para a iniciativa instrutória.

<sup>134</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 112.

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória...* cit., pp. 73-74. Partilha desse entendimento BEDAQUE, para quem “*a visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz espectador*”, de modo que “*se, por um ângulo publicista, o processo está voltado para a atuação do direito (com o que estará garantida a paz social), não só às partes devem ser concedidos poderes instrutórios*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios...* cit., pp. 10-11 e 72). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., p. 150.

<sup>136</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., p. 215.

<sup>137</sup> Afinal, “*pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 77).

<sup>138</sup> TARUFFO, Michele. *La semplice verità...* cit., pp. 177-179; TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), p. 264.

<sup>139</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., pp. 221-222.

Em primeiro lugar, tem-se que “os poderes que vêm conferidos ao juiz são configurados como acessórios e integrativos em relação à iniciativa instrutória das partes”<sup>140</sup>. A iniciativa instrutória do juiz deve ser *suplementar* à atividade probatória das partes, justamente para que não se sobreponha ao papel das partes (e indevidamente se imiscua nas tarefas de acusar ou defender). Assim,

somente com o esgotamento da atividade reservada às partes é que o cenário dado pela reconstrução processual se revelará ao julgador. É a partir daquele ponto, frente à valoração do material produzido, que os estados subjetivos se apresentarão, sustentando ou não a necessidade de maiores esclarecimentos<sup>141</sup>.

Nesse quadro de ideias, o juiz somente poderá buscar provas nos estritos limites objetivos da demanda<sup>142</sup>, ou seja, no âmbito do “*fato processual [...] indicado na peça acusatória, o qual será posto a prova ao longo da instrução*”<sup>143</sup>. Daí vem a fundamental distinção entre *investigar* e *instruir*: enquanto o primeiro significa a busca por fontes de prova, a partir de um marco ainda impreciso (isto é, uma intensa pesquisa de prova), o segundo toma por base uma afirmação inicial já delineada pela acusação, de modo a caminhar pela produção de provas já existentes ou indicadas no processo, nos limites da tese acusatória colocada<sup>144</sup>.

Em outras palavras, utilizando a terminologia mais apurada (e aqui adotada) sobre a prova, entende-se que é vedado ao juiz buscar *fontes de prova* – tarefa que é de incumbência dos órgãos públicos encarregados da investigação, quais sejam, Polícia e Ministério Público<sup>145</sup>. Essa atividade *investigatória* envolveria o juiz na apuração de um

<sup>140</sup> TARUFFO, Michele. *La semplice verità...* cit., p. 174. Complementa o professor italiano: “*se, como geralmente ocorre, as partes exercitarem completamente o seu direito à prova e deduzirem todas as provas disponíveis referentes aos fatos da causa, o juiz não terá oportunidade alguma para exercitar os seus poderes e, assim, ficará legitimamente inerte. Somente quando ele descobrir (pelo material disponível no processo, não por pesquisa particular) que existe uma prova relevante não deduzida pelas partes, então ele pode (e provavelmente deve) dispor de ofício a assunção daquela prova, ou solicitar às partes que a deduzam*” – tradução livre do excerto “[...] *i poteri che vengono conferiti al giudice si configurano come accessori e integrativi rispetto alle iniziative istruttorie delle parti. Se, como spesso accade, le parti esercitano compiutamente il loro diritto alla prova e deducono tutte le prove disponibili rispetto ai fatti della causa, il giudice non ha occasione alcuna per esercitare i suoi poteri, e quindi rimane legittimamente inerte. Solo quando egli scopre (dai materiali del processo, non per sua ‘scienza privata’) che esiste una prova rilevante non dedotta dalle parti, allora egli può (e probabilmente deve) disporre d’ufficio l’assunzione di quella prova, o sollecitare le parti a dedurla*” (*ibidem*).

<sup>141</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., p. 227.

<sup>142</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios...* cit., p. 165.

<sup>143</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., p. 214.

<sup>144</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória...* cit., p. 117.

<sup>145</sup> A par da discussão doutrinária sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, destaque-se, para a afirmação aqui realizada, que o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que “*O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações*

suposto fato criminoso e, assim, na construção da tese acusatória, o que acabaria por distorcer o seu papel e julgador, a confundir-se com o de acusador<sup>146</sup>. Portanto, a iniciativa instrutória do juiz é cabível apenas para a determinação de *meios de prova*, a partir da indicação de *fontes de prova* por uma informação já existente no processo.

Por esse motivo é que se afirma que a iniciativa instrutória do juiz não implica necessariamente um “autoritarismo” processual, justamente porque a atuação judicial é complementar, secundária à atuação das partes<sup>147</sup>, as quais, inclusive, não possuem o monopólio sobre as provas. Assim, não há que se falar em violação ao princípio dispositivo, pois a disponibilidade de provas diz respeito à dimensão epistêmica do processo, nomeadamente à técnica do processo, e não propriamente ao princípio dispositivo<sup>148</sup>.

A segunda ordem de *limites* à iniciativa instrutória do juiz está consubstanciada na obediência a determinados princípios e garantias constitucionais ínsitos ao processo. Assim, diz GRINOVER que a iniciativa oficial se submete às seguintes balizas: “*a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites*

---

*de natureza penal*” (Tribunal Pleno, REExt 593.727, rel. Min. Cezar Peluso, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.15, DJE 04.09.15).

<sup>146</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., pp. 215-216.

<sup>147</sup> TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios...* cit., p. 251. Nesse artigo, explica o professor italiano que “*o fato é que foram introduzidos poderes de instrução do juiz em alguns regimes autoritários, e em muitos regimes democráticos, quando esses últimos abandonaram a ideologia liberal clássica para seguir ideologias mais evoluídas, nas quais se configura um papel ativo do Estado no governo da sociedade*” – tradução livre do excerto: “*El hecho es que se han introducido poderes de instrucción del juez en algunos regímenes autoritarios, y en muchos regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las que se configura un papel activo del Estado en el gobierno de la sociedad*” (*ibidem*, p. 254). Na mesma linha, sustenta BADARÓ: “[...] *não se pode relacionar o incremento dos poderes do juiz no campo probatório com os regimes autoritários ou antidemocráticos. É comum que nos Estados liberais os juízes sejam dotados de poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas ex officio, como ocorre, v.g., na Suíça e na França, entre outros países*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...* cit., pp. 149-150).

<sup>148</sup> TARUFFO, Michele. *La semplice verità...* cit., p. 175. Para o autor, a iniciativa instrutória do juiz colide com o alegado monopólio das partes na produção de prova, o qual, segundo ele, não é uma regra processual: “*a existência de poderes instrutórios do juiz não entra em conflito com os direitos das partes, mas sim com o monopólio exclusivo das partes sobre a iniciativa instrutória. Todavia, esse monopólio não é estabelecido por nenhum princípio geral do processo e não é objeto de nenhuma garantia constitucional. Ele é apenas um aspecto de uma específica ideologia do processo que foi difundida na Europa do século XIX, mas que por várias razões foi superada pela história e parece dificilmente recuperável no âmbito da justiça civil moderna*” – tradução livre do excerto: “[...] *l’esistenza di poteri istruttori del giudice non entra in conflitto con i diritti delle parti, ma con un’altra cosa, ossia con il monopolio esclusivo delle parti sulle iniziative istruttorie. Peraltro, questo monopolio non è stabilito da nessun principio generale del processo e non è oggetto di alcuna garanzia costituzionale. Esso è soltanto un aspetto di una specifica ideologia del processo che è stata assai diffusa nell’Europa del secolo XIX, ma che per varie ragioni è stata superata dalla storia e sembra difficilmente recuperabile nell’ambito della giustizia civile moderna*” (*ibidem*, p. 178).

*impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas*<sup>149</sup>. ZILLI, por sua vez, vai além, acrescentando outras regras orientadoras e limitadoras da iniciativa instrutora, ligadas ao devido processo penal e ao Estado Democrático de Direito:

há, pois que se observar a necessidade de respeito ao juiz natural e de sua imparcialidade, da obediência ao princípio da presunção de inocência, do dever de motivar os atos decisórios, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da ilicitude e da legitimidade das provas, e do respeito à ampla defesa e do contraditório<sup>150</sup>.

Especificamente sob a ótica do contraditório e da ampla defesa, assevera-se, inclusive, que, uma vez produzida a prova por determinação oficial, deve o juiz conferir às partes a oportunidade de produzir novas provas em confronto com aquela produzida por iniciativa judicial<sup>151</sup>, além de, se o caso, possibilitar que o acusado seja outra vez interrogado, para que se manifeste sobre os novos elementos de prova introduzidos no processo em decorrência da iniciativa *ex officio*<sup>152</sup>.

Por fim, é importante tecer algumas considerações sobre o fundamento legal da iniciativa instrutória do juiz. Sob o prisma constitucional, a Constituição Federal de 1988 previu um Estado ativo, voltado à implementação de políticas de bem estar social. Trata-se de um projeto de Estado Democrático de Direito, que, no âmbito da persecução penal, surte efeitos ao exigir “*um processo penal mais participativo no qual tenham os sujeitos processuais espaço e campo de autonomia*”<sup>153</sup>. É essa exigência de um processo penal democrático que justifica a iniciativa instrutória do julgador, pois, como agente estatal, ele não pode permanecer omissos e inerte na implementação dos objetivos previstos na Constituição.

<sup>149</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória... cit., p. 74. Para maiores considerações sobre cada uma das balizas apontadas pela autora, v.: *ibidem*, pp. 74-75.

<sup>150</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória... cit., pp. 133-134. Para maiores considerações sobre cada uma das regras apontadas pelo autor, v.: *ibidem*, pp. 134-168.

<sup>151</sup> A antiga redação do art. 184 do Código de Processo Civil italiano previa a possibilidade das partes deduzirem meios de prova após a disposição de ofício de meios de prova (MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996, pp. 145-146; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Preclusioni istruttorie*... cit., p. 991). Ainda na Itália, especificamente no âmbito do processo penal, CONTI, ao analisar um julgado da Corte de Cassação, refere-se à necessidade de que a iniciativa instrutória do juiz seja “não-exaustiva”: uma vez exercitada essa iniciativa, as partes poderão retomar a sua atividade probatória (CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2013, p.164). Igualmente, FERRER BELTRÁN sustenta que o princípio do contraditório, como mecanismo epistemológico, indica que essa possibilidade (das partes proporem meios de prova após a iniciativa instrutória do juiz) sempre deve existir, de modo a se equilibrar novamente a repartição de poderes probatórios (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los poderes probatorios del juez*... cit, p. 101).

<sup>152</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco*... cit., p. 231.

<sup>153</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória... cit., p. 177.

No plano infra-constitucional, especificamente no âmbito processual penal, a previsão legal consta dos arts. 156, 497, XI, e 801 do CPP. Como o segundo e o terceiro artigos aplicam-se ao procedimento do júri e à ação penal de iniciativa privada e, de certa forma, estão abrangidos pela a regra geral contida no primeiro, opta-se por analisar apenas o mencionado art. 156.

O primeiro inciso do art. 156 dispõe que é facultado ao juiz, de ofício:

ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Aqui, a doutrina é uníssona em afirmar que tal iniciativa deve ser considerada inconstitucional, na medida em que, “*ao assim agir, o juiz se antecipa aos órgãos encarregados da investigação e ao próprio acusador, este sim interessado em construir uma tese acusatória minimamente viável*”<sup>154</sup>. Como visto acima, ao juiz é vedado *investigar*, isto é, pesquisar *fontes de prova*, sob risco de violar a repartição de funções do sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal. Assim, a leitura que se deve fazer de tal inciso é no sentido de que o magistrado somente poderá determinar a produção de provas *urgentes e relevantes* que tenham sido requeridas pelos sujeitos atuantes na investigação<sup>155</sup>.

Já o inciso II do art. 156 dispõe que o juiz pode, *ex officio*, “*determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*”. Aqui reside a fundamentação central da iniciativa instrutória do juiz, a ser desenvolvida durante a ação penal (e não durante a fase de investigação). A interpretação dessa norma, contudo, encontra duas ressalvas na doutrina.

Para ZILLI, a iniciativa instrutória do juiz, em razão de seu caráter *complementar*, só pode ocorrer após o encerramento da instrução, isto é, após o confronto dialético entre as partes na fase instrutória da ação penal. Isso porque o término da atividade probatória

---

<sup>154</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., p. 227. No mesmo sentido: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas... cit., p. 2; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. Com a palavra, as partes... cit., p. 18. Também partilha do mesmo entendimento, apesar de não concordar com a iniciativa instrutória do juiz: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 544.

<sup>155</sup> Nesse sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal...* cit., pp. 104-108.

desenvolvida pelas partes permitirá ao juiz que analise o cenário em que se encontra reconstrução dos fatos desenvolvida no processo e, com isso, avalie se há necessidade de outros elementos de prova, que possam agregar mais informações à reconstrução dos fatos apurados<sup>156</sup>.

De outro giro, há entendimento pelo qual a iniciativa instrutória do juiz, operada durante a instrução processual penal, somente pode ser realizada em benefício do acusado, isto é, na produção de provas que possam demonstrar a tese defensiva. Por esse ponto de vista, o art. 156, II, do Código de Processo Penal deve ser interpretado sob a ideia de sistema acusatório (tal como previsto na Constituição Federal) e sob o princípio da presunção de inocência (ar. 5º, LVII, da Constituição Federal), de maneira que a produção probatória *ex officio* ocorra apenas em assistência ao acusado, na hipótese em que o juiz verificar a probabilidade da tese defensiva e não se encontrar em estado de dúvida plena (que acarretaria a absolvição)<sup>157</sup>.

### **1.6.2. (segue): posição contrária**

Na doutrina nacional, a crítica aos poderes instrutórios do juiz no processo penal é capitaneada por COUTINHO<sup>158</sup>, cujas ideias foram encampadas por LOPES JR.<sup>159</sup>.

COUTINHO inicia seu raciocínio aplicando a ideia de sistema ao processo penal. Assim, por um lado, o autor conceitua *sistema*, com apoio em KANT, como “conjunto de elementos sob uma idéia única” – conceito esse que se relaciona com outro, qual seja, o de *princípio unificador*, “pensado como motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a

---

<sup>156</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Non ducor duco...* cit., p. 227.

<sup>157</sup> Nesse sentido: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...* cit., pp. 218-219 e 221; e DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal...* cit., pp. 103-104, para quem “somente é admissível a atuação probatória do magistrado em prol da defesa quando a dúvida não seja daquelas que conduzam à absolvição” (*ibidem*, p. 103).

<sup>158</sup> Destacam-se os seguintes trabalhos do autor que abordam esse tema: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, pp. 26-51, 2001; *Idem*. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 11-13, jul. 2008; *Idem*. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, jul./set. 2009; *Idem*. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 253-262.

<sup>159</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., pp. 539-545; *Idem*. *Fundamentos...* cit., pp. 152-169.

teoria geral do processo penal”<sup>160</sup>. Por outro lado, o professor paranaense estabelece a premissa de que o processo tem como principal finalidade a reconstrução de um fato (“o *acertamento de um caso penal*”): como o processo versa sobre um possível crime, e como o crime só pode configurar um fato *pretérito* (apura-se no *presente* um ilícito ocorrido no *passado*), percebe-se que a *reconstituição desse fato histórico* configura o eixo principal do processo. Unindo essas ideias, o autor chega à conclusão de que é a *gestão da prova* (e a forma pela qual é realizada) que identifica o princípio unificador do processo<sup>161</sup>.

Na sequência, sob o prisma da gestão da prova, o autor diferencia dois sistemas processuais: *inquisitório* e *acusatório*. O primeiro sistema, que foi forjado no âmbito da Igreja Católica e cujo marco histórico é o IV Concílio de Latrão (ocorrido no ano de 1215)<sup>162</sup>, caracteriza-se pela extrema concentração de poder nas mãos do juiz, que é o responsável pela recolha e pela produção da prova (ou seja, por toda a gestão da prova). Já o sistema acusatório caracteriza-se pela gestão da prova nas mãos das partes, de modo que o juiz assume papel de espectador da produção probatória desenvolvida pelas partes, controlando e garantindo as regras sobre o *jogo processual*<sup>163</sup>.

Nesse contexto, atribuir poderes instrutórios ao juiz significa aproximar-se de um sistema *inquisitório*. Isso, por si só, não representaria um problema, já que a opção por um ou outro sistema (e, assim, por uma ou outra maneira de gestão de prova) é estritamente *política*<sup>164</sup>.

Na verdade, o problema decorre da *perda de imparcialidade* do juiz inquisidor: ao sair à busca de provas, o juiz, ainda que inconscientemente, já se convenceu de uma hipótese sobre o fato que se quer reconstruir, de modo a viciá-lo no julgamento que deve fazer sobre o *caso penal*. Isto é, antes mesmo do momento processual adequado para uma decisão judicial, o juiz decide qual a hipótese que lhe parece mais convincente e, então,

<sup>160</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal... cit., p. 254; *Idem*. As reformas parciais do CPP... cit., p. 11.

<sup>161</sup> *Idem*. As reformas parciais do CPP... cit., p. 11; *Idem*. Um devido processo legal... cit., p. 254; *Idem*. Introdução aos princípios gerais... cit., p. 28; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*... cit., p. 539.

<sup>162</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório... cit., pp. 104-105.

<sup>163</sup> *Idem*. Um devido processo legal... cit., pp. 255-256; *Idem*. Introdução aos princípios gerais... cit., pp. 28-29.

<sup>164</sup> *Idem*. Sistema acusatório... cit., p. 109.

“sai à cata de prova suficiente para justificar a decisão previamente tomada”<sup>165</sup>. Assim afirma COUTINHO:

O juiz, senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão<sup>166</sup>.

LOPES JR., adotando as mesmas ideias do professor paranaense, explica o raciocínio por outras palavras:

Ao atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – opera-se o *primato dell’ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque, como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição de hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos<sup>167</sup>.

Ainda que aceite os poderes instrutórios do juiz apenas na hipótese de produção de elementos de prova em favor do acusado, PRADO comunga desse entendimento:

a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo<sup>168</sup>.

E isso demonstra que:

quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador<sup>169</sup>.

Em última análise, é possível afirmar que a *ratio* que está por detrás é um critério de solução de dúvidas: havendo algum ponto controvertido ou obscuro na reconstrução dos fatos, deve o juiz sair à busca de provas, para que possa “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Esse critério, contudo, choca-se frontalmente com o princípio constitucional da presunção de inocência, especificamente em seu aspecto do *in dubio pro reo*. Se, por esse princípio constitucional (considerado como norma de juízo), o juiz, diante da dúvida, deve absolver o acusado, pela regra do art. 156, II, do CPP, ele deve – em vez de absolver o réu

<sup>165</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais... cit., p. 38.

<sup>166</sup> *Idem*. As reformas parciais do CPP... cit., p. 12.

<sup>167</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*... cit., p. 540.

<sup>168</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*... cit., p. 218.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 218.

– deve sair à busca de provas que esclareçam a dúvida existente. Por isso é que KHALED JR. afirma que:

[...] não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não se mostre danosa ao acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida não pode qualquer outro resultado que a absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*<sup>170</sup>.

Essa também é a posição de RANGEL, que analisa a questão sob o prisma da presunção de inocência e do ônus da prova:

No processo penal, por tratarmos de direitos indisponíveis, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública; no processo civil, em que os direitos, em regra, são disponíveis, o princípio é o dispositivo. No processo penal, o réu é presumidamente inocente até que se prove sua culpa com sentença condenatória transitada em julgado, o que não há no processo civil. No processo penal, por força da presunção de inocência, o ônus da prova é todo do Ministério Público. No processo civil, há distribuição de ônus entre as partes.

Portanto, não há que se aplicar, no processo penal, os poderes instrutórios do juiz como se faz no processo civil. Poder instrutório é um disfarce do sistema inquisitivo dentro do acusatório. Em outras palavras, é o Juiz Nicolas Marshall dando uma de democrata, no processo, e agindo como um carrasco, durante a noite<sup>171</sup>.

Ao analisar a influência da ideológica de *Francisco Campos* (Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas e responsável pela elaboração do Código de Processo Penal) na redação original do art. 156 do Código (que, na essência, não se diferencia muito da atual redação, com as alterações promovidas pela Lei 11.690/08), MALAN chega a essa conclusão: “*assim, da limitação ao brocardo in dubio pro reo defendida por Campos resulta que o estado de dúvida do Magistrado sobre ponto relevante para a adjudicação*

<sup>170</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 151. Nesse raciocínio, o autor conclui: “*em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de perseguição ao inimigo. Em um processo o juiz ingressa predisposto a absolver, ciente de que a posição que lhe cabe é receptiva e que é a acusação que deve derrubar a presunção de inocência; em outro processo, o juiz entra movido por insaciável ambição de verdade e pratica ato de parte, o que só pode expressar um irrefreável desejo de condenação, o que remete à epistemologia inquisitória sistematizada por Eymereich*” (*ibidem*, p. 163).

<sup>171</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 492.

do caso penal não enseja a absolvição, e sim atuação judicial inquisitiva”<sup>172</sup>. Há, assim, uma indevida limitação do princípio constitucional da presunção de inocência, operada por uma norma de hierarquia infraconstitucional (e, portanto, *inconstitucional*).

A perda de imparcialidade do juiz pode ser percebida também pela análise do meio de prova a ser por ele produzido: mesmo que ele desconheça a quem possa favorecer determinado elemento de prova, ele sabe a quem pode desfavorecer a correspondente falta. Isso porque:

quando o juiz determina a produção de certo meio de prova – o que presumivelmente ocorre diante da inércia dos sujeitos parciais –, sabe ele que a ignorância a respeito de certo fato controvertido ditará um resultado já antevisto (a partir das regras de distribuição do ônus da prova, sob o aspecto objetivo) e, a seus olhos, indesejável sob o ângulo do escopo jurídico<sup>173</sup>.

A predisposição do juiz pela hipótese que será objeto do meio de prova por ele produzido gera, por consequência, uma indevida mistura de papéis processuais: afinal, o juiz que julga também instrui, sobrepondo-se à função acusatória. Por isso é que COUTINHO afirma que:

quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório<sup>174</sup>.

Nesse panorama, a última crítica que se pode fazer aos poderes instrutórios do juiz gira em torno dos momentos da atividade probatória e da confusão que pode decorrer em razão de sua realização por uma só pessoa (o juiz). Como a admissão da prova é tarefa exclusiva do juiz, a gestão da prova nas mãos do magistrado faz com que ele mesmo busque o elemento de prova e avalie a sua admissão – de maneira contrária ao que ocorre no sistema acusatório, em que um agente é encarregado da aquisição do elemento de prova e outro (o juiz) é responsável por seu juízo de admissibilidade. Daí surge a confusão de

---

<sup>172</sup> MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: *Idem*; SULLOCK, Victoria-Amália de; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 55.

<sup>173</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...* cit., p. 131.

<sup>174</sup> E prossegue: “O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o lugar que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório...* cit., p. 111).

papéis e a ofensa ao princípio acusatório: “quando um mesmo juiz vai atrás da prova, é elementar que ele não pode valorar a licitude do próprio ato no momento da admissibilidade dessa mesma prova no processo”<sup>175</sup>.

### 1.6.3. Posição assumida nesse trabalho

Analisados os argumentos deduzidos nos itens 1.6.1 e 1.6.2 *supra*, adota-se, no presente trabalho, a posição *favorável à iniciativa instrutória* do juiz no processo penal.

A perspectiva publicística do processo – que é a tendência que segue a moderna ciência processual – assume importância ainda maior no processo penal, em razão dos interesses que nele estão em jogo. No binômio poder punitivo estatal/proteção da liberdade do indivíduo, o processo serve não apenas para legitimar e controlar o primeiro (item 1.1 *supra*), mas também como forma de garantia do segundo. Isso revela como os interesses em jogo no processo penal são caros ao Estado Democrático de Direito (projetado na Constituição Federal de 1988) e aos valores tutelados por tal Estado.

Assim, sob esse primeiro prisma, uma postura mais ativa dos agentes estatais envolvidos na persecução penal – e, especificamente, do juiz – se justifica enquanto medida necessária para a melhor tutela dos interesses *públicos* que se exteriorizam e se concretizam no processo penal.

Visto o processo como legitimador do poder punitivo, a melhor reconstrução possível dos fatos permite um melhor controle da autoridade estatal (que, por natureza, tende a ser arbitrário<sup>176</sup>) e, conseqüentemente, uma melhor tutela de um dos princípios mais valiosos da democracia: a liberdade do indivíduo (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

<sup>175</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 541.

<sup>176</sup> Como aponta GLOECKNER, “o Estado enquanto detentor do poder penal possui uma inexorável tendência a violar os direitos dos tutelados”. Daí que, partindo dessa premissa (isto é, de que “todo o poder tende à ilegitimidade”), o autor adota “uma concepção de processo como redução de danos” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 203 e nota de rodapé nº 610).

Não se nega que o método dialético é epistemologicamente eficiente: afinal, o confronto entre as partes na demonstração de uma determinada tese serve para demonstrar os acertos e falhas de cada ponto de vista, de modo a auxiliar o terceiro imparcial (juiz) na formação de sua convicção. Tampouco se nega que a gestão da prova deve permanecer primordialmente a cargo das partes, a fim de se manter a divisão das funções de cada ator processual.

Todavia, considerados os interesses em jogo no processo penal e, conseqüentemente, a importância da melhor reconstrução fática possível, seria problemático depender apenas das partes para o (melhor) acerto fático. Mesmo que, na ação penal, o ônus da prova recaia sobre o Ministério Público e, assim, que o acusado não tenha qualquer ônus ou dever de provar a sua inocência (pois constitucionalmente presumida), não se pode esquecer que, como *partes*, em última análise estão em um embate processual a defender cada uma a sua pretensão – isto é, a defender cada uma os seus *próprios interesses*. Por mais que o Ministério Público, em suas atividades funcionais, deva obediência à Constituição Federal, no processo penal ele figura como órgão acusatório e, assim, é ínsito à sua atuação (acusatória) tentar demonstrar a sua tese (acusatória) na maior medida possível dentro do jogo processual. Da mesma maneira, por mais que um acusado saiba que praticou um fato ilícito (crime), é da natureza humana (que tende ao estado de liberdade, e não ao estado de restrição de liberdade) contrapor-se à pretensão acusatória e reagir contra ela com todas as forças possíveis. O ser humano é livre por natureza e, assim, é instintivo que tente minar a pretensão acusatória (por mais que a tese acusatória se mostre comprovada).

O sistema acusatório, com a repartição de funções entre os atores processuais, parece ser o melhor sistema processual até hoje desenvolvido pela sociedade. Essa afirmação, contudo, não pode levar a uma indução ingênua (e quase romântica) de que o sistema acusatório não possui falhas e que a dinâmica nele inserida (modelo adversarial, nos termos do item 1.6.1 *supra*) atende perfeitamente à reconstrução dos fatos e, conseqüentemente, à satisfação dos interesses públicos em jogo no processo. As partes, como a própria palavra expressa, são *parciais* e não necessariamente estão interessadas no melhor acerto fático possível: a acusação quer demonstrar a sua tese; o imputado quer manter a sua liberdade – e nenhum deles está interessado, ao menos primordialmente,

na concretização do Estado Democrático de Direito e, especificamente, na legitimação e no controle do poder punitivo.

Não se quer dizer com isso que, nesse panorama, o juiz é o revelador da “verdade” (conceito, aliás, extremamente polêmico e, por isso, propositalmente não abordado na presente pesquisa) e, por si só, o garantidor dos interesses públicos constitucionalmente positivados (veja-se, por exemplo, como o juiz *inquisidor* caminha muito longe disso). O que se vislumbra é a necessidade de o juiz também participar da produção da prova, em complementaridade às partes, como uma *necessidade epistêmica*, para que se alcance a melhor reconstrução fática possível dentro de critérios lógicos (enquanto fato pretérito reconstruído no presente) e, principalmente, dentro das garantias legais ínsitas ao sistema acusatório moldado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o ponto de vista ora adotado inclina-se pela *iniciativa instrutória* do juiz independentemente de qual parte possa ser eventualmente favorecida pelo elemento de prova produzido. Discorda-se do entendimento pelo qual a produção *ex officio* só caberia em favor do acusado (isto é, para a demonstração de uma tese defensiva) e, também, daquele segundo o qual o juiz estaria predisposto a produzir um elemento de prova favorável à tese acusatória. Ambos parecem falhar na premissa: é impossível conjecturar, em abstrato, qual parte possa ser beneficiada por um ou outro elemento de prova – esse argumento, aliás, é tão maleável que foi utilizado para os dois (e colidentes) pontos de vista.

O juiz não é movido por um interesse *parcial* de demonstração da tese acusatória ou de proteção da liberdade da pessoa humana; o juiz, como terceiro *imparcial*<sup>177</sup>, deve se pautar pelo melhor acerto fático possível, qual seja a consequência que dele pode advir (a saber, a condenação ou a absolvição). A *consequência* da melhor reconstrução

---

<sup>177</sup> A expressão, aqui, assemelha-se ao conceito de *imparcialidade*, explicado por CABRAL como “*condição do Estado-juiz, típico status de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um tertium ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal*”. Sob essa ótica, sustenta o professor carioca que “*não existe uma correlação necessária entre o desempenho de uma determinada função processual e uma consequência automática no campo subjetivo da pessoa que atua no caso. O fato de ser atribuída ao juiz – ao Estado-juiz – a faculdade de produção de prova ex officio, não significa dizer que o exercício desta função torna qualquer magistrado, sempre e sem exceções, parcial*” (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 105 e 114, respectivamente).

fática possível não afeta de modo algum a proteção dos interesses públicos em jogo no processo penal. Pelo contrário, é a melhor reconstrução fática possível que garantirá a proteção dos interesses públicos, na medida em que a *consequência* (condenação ou absolvição) se mostrará a medida mais *justa*.

Por certo, a iniciativa oficial no âmbito probatório deve atender às balizas expostas no item 1.6.1 *supra*, como medida imprescindível de obediência às regras do devido processo penal.

Em suma, sustenta-se, no presente trabalho, posição favorável à iniciativa instrutória do juiz, em caráter *complementar* à atividade probatória das partes e nos limites acima expostos (fundamentalmente, o impedimento de pesquisa de *fontes* de provas<sup>178</sup>). Ademais, adota-se, aqui, a ideia de ZANOIDE DE MORAES, no sentido de que a iniciativa instrutória possa ser exercida somente no momento do art. 402 do CPP, após eventual requerimento de diligências pelas partes<sup>179</sup>.

Os momentos em que essa iniciativa instrutória poderá ser exercida pelo juiz, por sua vez, estão conectadas com a preclusão, entendida como consequência do não exercício (perda) de um direito. Assim, no próximo capítulo, será realizado um estudo do instituto da preclusão, para, então, se analisar de que maneira ele incide sobre o direito à prova – incluindo-se, aí, a iniciativa instrutória do juiz.

---

<sup>178</sup> Nesse sentido, sustentando que o art. 156, I, do CPP não atribui *poderes de investigação* ao juiz penal, v.: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas.... cit., pp. 260-271.

<sup>179</sup> Como explicado nas aulas de graduação e de pós-graduação por ele ministradas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## 2. O ESTUDO DA PRECLUSÃO PELAS DOUTRINAS PROCESSUAIS CIVIL E PENAL

Vistos os principais contornos do direito à prova, passa-se, agora, a se analisar a *preclusão*, tal como foi originalmente formulada na doutrina processual civil e, depois, transplantada para a doutrina processual penal. Com a exposição das várias acepções dadas pela doutrina à preclusão, chegar-se-á, então, no final desse capítulo, à definição que se entende mais adequada e que será adotada no presente trabalho, a fim de se prosseguir com a análise de sua incidência no direito à prova.

A palavra *preclusão* tem origem latina e advém do termo *praeclusio*, correlacionado ao verbo *praecludere*, que, por sua vez, pode ser desmembrado no prefixo *prae* (diante de) e no radical *cludere* (fechar, encerrar, impedir). Assim, sob o ponto de vista etimológico, pode-se afirmar que *preclusão* significa *fechar diante de, fechar na cara*; ou mesmo, figurativamente, *fechar, proibir, vedar, impedir, tolher*<sup>180</sup>.

A *preclusão* é considerada pela doutrina ora como *princípio*, ora como *método*, ora *técnica*, ora como *instituto*.

A análise da preclusão sob a perspectiva de *princípio* está inserida em um contexto de *cânones informadores do processo*, segundo os quais se desenvolve o rito processual, de modo a se enxergar na preclusão uma “*genérica exigência inerente a qualquer processo*”<sup>181</sup>, com a “*envergadura*” de “*princípio geral do direito processual (civil e penal)*”<sup>182</sup>. Assim, nesse contexto mais amplo, a preclusão é vista como “*princípio processual*”, que visa ao “*desenvolvimento célere e programado do procedimento*”<sup>183</sup>,

<sup>180</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 57; BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª rev. e atual. São Paulo: RT, 1992, p. 27; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, abr., 2003, pp. 458-459.

<sup>181</sup> MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996, p. 16.

<sup>182</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão para o juiz no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112. No mesmo sentido: SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179.

<sup>183</sup> RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39. O autor explica que, como princípio processual, a preclusão deve ser compreendida “*no seu complexo, organizado em sistema dentro da estrutura processual, decorrente de uma evolução (processual) histórica, com vista ao direito e precípua funcionamento desta estrutura, garantindo às partes uma solução razoavelmente rápida e coerente da causa posta*” (*ibidem*).

sendo derivado do princípio da duração razoável do processo e ligado a um princípio de “eficiência processual”<sup>184</sup>.

Como *método*, afirma-se que a preclusão:

revela uma orientação fundamental jurídico-processual e uma consequência das relações objetivas entre os sujeitos processuais [...]; é uma característica do processo, antes de colocar-se como fato impeditivo ao nascimento ou alteração de um ato ou de um direito<sup>185</sup>.

Encontra-se, também, a referência à preclusão como *técnica*<sup>186</sup>,

pela qual o legislador confere ao processo maior racionalidade e impede as partes de fazer do processo “coisa privada”, exigindo que seus direitos processuais sejam exercidos dentro dos parâmetros da lei processual, sob pena de serem reputados ineficazes<sup>187</sup>.

Nesse sentido, a maior ou menor intensidade da preclusão torna o processo mais ou menos rápido, “*impondo ao procedimento uma maior ou menor rigidez na ordem entre as sucessivas atividades que o compõem*”<sup>188</sup>.

Por fim, a preclusão é também considerada como *instituto* dos mais importantes do processo, na medida em que “*estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a*

<sup>184</sup> IACOVIELLO, Francesco Mauro. Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno. In: MARAFIOTI, Luca e DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale*: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 3 e 5.

<sup>185</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 9.

<sup>186</sup> Tomando-se por pressuposto que *técnica* é “*a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 264-265).

<sup>187</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 179.

<sup>188</sup> RUBIN, Fernando. *A preclusão...* cit., pp. 35-36. Também BEDAQUE aponta que a preclusão “*é técnica voltada ao rápido andamento da relação processual, mediante a imposição de restrições temporais e lógicas à prática dos atos do procedimento. A razão de ser e a finalidade dos mecanismos preclusivos estão ligadas ao interesse público, consistente em assegurar a simplificação, a rapidez e a eficiência do instrumento. Serve para enfatizar a separação temporal entre as fases do procedimento e racionalizar a sequência dos atos processuais, todos voltados ao mesmo fim – qual seja, a produção da tutela jurisdicional*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. Malheiros: 2007, p. 127). Parece compartilhar da mesma ideia CARRATA, que, apesar de se referir à preclusão como “*mecanismo ou expediente ou princípio*”, conclui que “*mais que um princípio geral que informa o processo, a preclusão se mostra como uma solução técnico-processual, um instrumento funcional ao desenvolvimento ordenado da atividade processual*” – tradução livre do excerto: “*più che un principio generale che informi il processo, la preclusione appare come una soluzione tecnico-processuale, uno strumento funzionale allo svolgimento ordinato dell’attività processuale*” (CARRATA, Antonio. *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*. In: MARAFIOTI, Luca e DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale*: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 34).

*lógica*<sup>189</sup>. Nessa perspectiva, a explicação mais adequada, porquanto de maior rigor técnico-científico, é aquela dada por SICA, que afirma ser a preclusão um *instituto processual* “pois apresenta contornos próprios e seu estudo e aplicação podem ser entabulados dentro de rigores científicos, de modo a diferenciá-los de outros institutos, como a decadência, a prescrição ou a nulidade processual”<sup>190</sup>.

As abordagens acima expostas são corretas e não se excluem, de modo que podem perfeitamente coexistir em harmonia no tratamento do tema. A *preclusão* pode ser analisada sob várias perspectivas, que caminham desde uma visão sistêmica (no contexto do processo, como um *princípio* informador) até individual, para se analisá-lo isoladamente. Por ser um tema complexo, comporta diversas abordagens, que, no fundo, acabam se complementando.

No presente trabalho, a preclusão será abordada, na maior parte das vezes, como *instituto*, pois primeiro (nesse capítulo) será estudada individualmente, a fim de se depreender o seu conteúdo e o seu conceito; e, depois, sua incidência no exercício do direito à prova será analisada, para se verificar em que medida ela o atinge. Não se descuida da importância que a preclusão assume para o processo (preclusão como *princípio*), nem mesmo para a ordenada marcha processual (preclusão como *método* ou *técnica*); mas o foco da presente pesquisa (e, principalmente, desse capítulo) reside na preclusão como *instituto*, em uma análise pontual de seus contornos e de sua incidência especificamente no exercício do direito à prova.

Como será visto abaixo, os primeiros estudos sobre a preclusão se iniciaram no fim do século XIX, quando BÜLOW abordou o tema (ainda que não de forma profunda ou, ao menos, sistemática) em alguns de seus escritos sobre processo civil<sup>191</sup>. Pouco depois, no início do século XX, surgem as obras (também de processo civil) de CHIOVENDA, que, com base naqueles trabalhos de BÜLOW, desenvolveu e sistematizou a ideia de *preclusão*, pelas várias perspectivas acima expostas.

---

<sup>189</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., p. 50.

<sup>190</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 179.

<sup>191</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., pp. 3-7.

A *preclusão*, assim, surgiu no seio da doutrina processual civil (na qual até hoje é objeto de estudos) e, posteriormente, passou a ser analisada pela doutrina processual penal<sup>192</sup>. Não obstante a explanação que será feita abaixo acerca de seu desenvolvimento, desde já é possível afirmar que a preclusão é analisada em muito maior escala pela doutrina processual civil do que pela penal (sobretudo no Brasil).

Essa defasagem na análise do instituto pela doutrina processual penal decorre das diferentes percepções que os dois ramos da doutrina processual tiveram do caráter publicístico do processo. À época em que se iniciaram os estudos da preclusão (final do século XIX), o processo civil era marcado por um forte viés liberal, de modo que as partes tinham grandes poderes na condução do processo. Nesse contexto, a preclusão surgiu como ponto de equilíbrio entre a valorização da iniciativa das partes e a necessidade de um ordenado desenvolvimento da marcha processual (atento ao caráter *publicístico* do processo)<sup>193</sup>. Ocorre que essa visão não era a mesma dos processualistas penais, que, em razão dos interesses (indisponíveis) em jogo no processo penal, já o viam com um caráter marcadamente publicístico – e, conseqüentemente, se atentavam mais para as regras de desenvolvimento ordenado do processo, fora do controle exclusivo das partes<sup>194</sup>.

Não se pretende, aqui, esgotar todo o tratamento que foi dado ao tema nos últimos tempos, mas apenas indicar os autores que foram mais importantes em sua análise, destacando-se os principais pontos de seus raciocínios.

---

<sup>192</sup> A doutrina processual trata também da *preclusão administrativa*, “pela qual o ato administrativo, esgotados ou inexistentes os recursos contra ele, adquire estabilidade, e não mais pode ser modificado pela Administração. [...] Trata-se da imodificabilidade da decisão na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 26-27).

<sup>193</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 10.

<sup>194</sup> Assim explica ORLANDI: “a doutrina processual penal preocupou-se menos com a exigência de raciocinar em torno do princípio de preclusão, pela simples razão de que ninguém tem dúvida do caráter publicístico do processo e, conseqüentemente, da tendencial indisponibilidade das regras que o governam” – tradução livre do excerto: “La dottrina processualpenalistica ha avvertito meno l’esigenza di ragionare intorno al principio di preclusione, per la semplice ragione che nessuno mette in dubbio il carattere publicistico del processo e, conseqüentemente, la tendenziale indisponibilità delle regole che lo governano” (ORLANDI, Renzo. *Principio di preclusione e processo penale. Processo penale e giustizia*, Roma, anno I, n° 5, 2011, p. 2).

Opta-se, nesse capítulo, por analisar a doutrina italiana e brasileira sobre o tema<sup>195</sup>. A primeira justifica-se por ser o berço das teorias sobre a preclusão (recepcionadas pela doutrina processual brasileira, tanto civil como penal), que se iniciaram – e até hoje se pautam – pelo estudo empreendido por CHIOVENDA no início do século XX; a segunda, por razões óbvias, por ser o âmbito de estudo da presente dissertação.

Como já apontado em outras obras sobre o tema, tanto a doutrina brasileira<sup>196</sup> como grande parte da europeia<sup>197</sup> seguem o conceito de preclusão formulado pela escola italiana (que, por sua vez, apoia-se fundamentalmente nas definições de CHIOVENDA)<sup>198</sup>. Por isso, a importância de se analisar a concepção do estudo pelo citado professor italiano, bem como os autores posteriores a ele que se destacaram nesse escopo.

Ademais, além da doutrina italiana ser o berço dos estudos da preclusão (pois malgrado tenham se iniciado com o processualista alemão BÜLOW, foi CHIOVENDA quem teve o mérito de sistematizar e definir o conceito de tal instituto), é lá que o estudo do tema no campo processual penal tem se desenvolvido com maior ênfase (se comparado com o Brasil), sobretudo pela análise da aplicação do instituto pela jurisprudência<sup>199</sup>.

No cenário brasileiro, optou-se por escolher os autores que primeiro trataram do tema, em meados do século XX (partindo das lições de CHIOVENDA), bem como alguns recentes estudos a respeito da *preclusão*.

---

<sup>195</sup> A metodologia se inspira na obra de SICA, que, apesar de não ter dividido a exposição por tópicos para cada autor, fez um apanhado histórico do desenvolvimento das ideias sobre o instituto nas doutrinas brasileira e italiana (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 72-94).

<sup>196</sup> Nesse sentido: *ibidem*, p. 84.

<sup>197</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 125, que aponta que “*enquanto a concepção latina tende a acompanhar o abrangente conceito chiovendiano, a formulação do professor italiano não ganhou atenção nos países de tradição tedesca*”.

<sup>198</sup> Nesse ponto, é interessante observar que a doutrina processual penal colombiana distancia-se do conceito chiovendiano, ao referir-se à “preclusão das investigações”, inclusive por disposição constitucional (art. 250, item 5), como sinônimo de *arquivamento* da investigação, nas hipóteses em que “*não houver mérito para acusar*” (CUÉLLAR, Jaime Bernardo; LYNETT, Eduardo Montealegre. *El proceso penal*. Tomo II: estructura y garantías procesales. 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 731 e pp. 727-756).

<sup>199</sup> Na doutrina italiana processual penal, os mais recentes estudos sobre a preclusão estão voltados, em sua maior parte, à análise da jurisprudência, que tem se debruçado reiteradamente sobre a incidência da preclusão no processo penal italiano. Nesse sentido, entre outros, v.: CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit.; ORLANDI, Renzo. *Principio di preclusione...* cit.; e os vários artigos na obra de MARAFIOTI, Luca; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno Teramo*, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

Tanto na doutrina italiana como na brasileira, o estudo será subdividido nos campos civil e penal e, dentro de cada um deles, pelos principais autores que trataram o tema, elencados em ordem cronológica. Acredita-se que essa divisão torne mais didática a exposição do assunto: em primeiro lugar, porque permitirá vislumbrar quais foram as obras pioneiras no estudo do tema, que, muitas vezes, embasam os atuais estudos da preclusão (os quais, em sua maioria, contêm uma digressão histórica do tratamento da preclusão pela doutrina, desde CHIOVENDA); em segundo lugar, porque facilita a apreensão dos nomes dos autores que até hoje são referenciados nos atuais estudos; em terceiro lugar, porque a ordem cronológica refletirá, de certo modo, o desenvolvimento do instituto ao longo do tempo.

Especificamente no campo processual penal (que, se comparado com o processual civil, se debruce com menor intensidade sobre o tema), o tratamento por autor permitirá que se veja quais foram os doutrinadores que trataram do assunto na Itália e, também, no Brasil – onde são poucos os trabalhos que versam sobre a incidência da preclusão no processo penal.

Importante ressaltar, também, que além de se resumir as ideias de cada autor, também será apontada a posição de cada um deles no direito à prova exercido pelas partes e nas questões probatórias decididas pelo juiz.

Por fim, o recorte de análise não abrangerá a preclusão no direito da *common law*, uma vez que os contornos que o instituto lá assume destoam da acepção dada pelas doutrinas italiana e brasileira: interpreta-se a *preclusion* por um viés que mais se assemelha à *coisa julgada* do que propriamente à essência da preclusão – relacionada ao “*impedimento da realização de atos no processo, com vista a assegurar o seu avanço progressivo*”<sup>200</sup>. Em apertada síntese, considera-se que a *res judicata* subdivide-se em *issue preclusion* (que recai sobre questões resolvidas no curso do processo) e *claim preclusion* (que se assemelha à nossa concepção de *coisa julgada material*, enquanto efeito que recobre uma sentença final e irradia efeitos para além do processo)<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 108, nota de rodapé nº 53.

<sup>201</sup> Para maiores detalhes sobre a *preclusion*, v. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...* cit., pp. 181-208, que discorre sobre o conteúdo da *claim* e da *issue preclusion* nos Estados Unidos da América, bem como do *estoppel* na Inglaterra. Em resumo, explica o autor que “*todos os ordenamentos da common law partiram de um instituto comum para a construção do sistema de estabilidades: o estoppel. O ‘impedimento’*

## 2.1. O desenvolvimento do instituto na doutrina processual civil

Como os primeiros estudos sobre o instituto iniciaram-se no âmbito do processo civil, é por essa área que se deve iniciar a sua análise. Ressalte-se, ademais, que o tema é tratado em muito maior escala pela doutrina processual civil do que pela doutrina processual penal.

---

(estoppel) era um instituto genérico, derivado do direito inglês, que impõe a proibição para a parte, em razão de seus próprios atos, de postular em face da outra parte alegando ou negando fatos que sejam incompatíveis com condutas (p.ex., argumentos, defesas) anteriores”, o que acarretou um “tratamento conjunto das preclusões e da coisa julgada, compreendidas como mecanismos similares e deriváveis de principiologia comum” (*ibidem*, p. 182). Assim, a *claim preclusion* “é similar ao que conhecemos como coisa julgada nos sistemas romano-germânicos, impedindo a rediscussão posterior de uma mesma causa de pedir”, ao passo que a *issue preclusion* “impede a análise de questões (issues) que serviram de fundamento ao processo anterior, independentemente de ter havido discussão sobre o pedido e sem considerações sobre se o objeto do processo era o mesmo nos dois processos” (*ibidem*, pp. 184-185), projetando efeitos para outros processos (*ibidem*, p. 194), o que, como se verá a seguir, difere substancialmente da concepção tratada pelas doutrinas italiana e brasileira, de efeitos estritamente *endoprocessuais*. Também explica a *preclusion* SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão... cit.*, pp. 68-71, para quem “o direito da common law traz a figura da preclusion apenas como fenômeno que torna imutáveis as decisões tomadas no curso do processo. Todavia, os contornos que esse instituto assume são bastante diferentes daqueles apresentados no processo de base romano-germânica, exatamente em razão da doutrina do *stare decisis*” (*ibidem*, p. 68). Ainda, na doutrina norte-americana, VESTAL trata da *preclusion* como sinônimo de *res judicata*, consignando que a jurisprudência tem utilizado as expressões *claim preclusion* e *issue preclusion*, em vez da genérica referência a *res judicata*. Segundo esse autor, “*claim preclusion* ocorre quando uma ação tiver sido trazida à disputa e houver um julgamento final. Ao autor é precluso trazer outra ação sobre a mesma disputa. *Issue preclusion* existe quando uma questão objeto de litígio e houver um julgamento baseado nessa questão. À parte ré é precluso litigar essa questão em qualquer ação subsequente” – tradução livre do excerto: “*Claim preclusion arises when there has been an action brought on a claim and a final judgment has been rendered. The plaintiff is precluded from bringing another action on the same claim. Issue preclusion exists when an issue has been litigated and a judgment based on that issue has been rendered. The losing party is precluded from litigating that issue in any subsequent action*” (VESTAL, Allan D. *Issue preclusion and criminal prosecutions. Iowa Law Review*, vol. 65, 1979-1980, p. 281, nota de rodapé nº 3). Essa definição (que revela os efeitos *extraprocessuais* da *preclusion*, em oposição ao entendimento das doutrinas italiana e brasileira sobre a *preclusão*) é repetida pelo autor em outros trabalhos: *Idem*. *Rationale of preclusion. Saint Louis University Law Journal*, vol. 9, 1964-1965, pp. 29-31, com destaque para as notas de rodapé nºs 3 e 4; *Idem*; COUGHENOUR, John C. *Preclusion/res judicata variables: criminal prosecutions. Vanderbilt Law Review*, vol. 19, 1965-1966, pp. 683-685. Ainda sobre o tema, destacam-se os seguintes trabalhos do mesmo professor da Universidade de Iowa: *Issue preclusion and criminal prosecutions. Iowa Law Review*, vol. 65, 1979-1980, pp. 281-342; *Preclusion/res judicata variables: adjudicating bodies. The Georgetown Law Journal*, vol. 54, 1965-1966, pp. 857-890; *Preclusion/res judicata variables: parties. Iowa Law Review*, vol. 50, 1964-1965, pp. 27-76.

### 2.1.1. Doutrina italiana

#### 2.1.1.1. Giuseppe Chiovenda

A doutrina é unânime em atribuir a CHIOVENDA a sistematização e a definição da preclusão<sup>202</sup>, que partiu de trabalhos anteriores do processualista alemão BÜLOW<sup>203</sup> para, então, com base nos seus próprios estudos sobre o desenvolvimento do processo civil a partir das raízes germânicas e romanas do processo na Idade Média<sup>204</sup>, chegar a um conceito e a uma classificação de *preclusão*.

O professor italiano abordou o tema pela primeira vez no ensaio “*Cosa giudicata e competenza*”<sup>205</sup>, publicado em 1905, no qual, apesar de não ter chegado a uma definição de *preclusão*, traçou a sua distinção em relação à coisa julgada, afirmando serem “*institutos jurídicos bem diversos na extensão e significado*”<sup>206</sup>. Depois disso, voltou a tratar do instituto em seu livro de *Princípios de direito processual civil*, novamente comparando a preclusão com a coisa julgada, sem, contudo, defini-la por completo<sup>207</sup>. O ápice dos estudos sobre a preclusão reside no trabalho *Cosa giudicata e preclusione*<sup>208</sup>, publicado em 1933, no qual o autor chegou a uma precisa definição do instituto, bem como a uma

---

<sup>202</sup> Nas palavras de CONTI, “*na civilística italiana o pai da preclusão é unanimemente considerado Giuseppe Chiovenda*” (CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 12, resumindo as ideias do autor nas pp. 12-20). Ainda na doutrina italiana, entre outros, v.: TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983, pp. 25-34 (com um resumo das ideias de BÜLOW e, posteriormente, de CHIOVENDA); ANDRIOLI, Virgilio. *Preclusione (diritto processuale civile)*. In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, p. 567. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, v.: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...* cit., p. 125; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 72; GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 19; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 28.

<sup>203</sup> Para um resumo as ideias desenvolvidas pelo processualista alemão *Oskar von Bülow* sobre o tema, v.: CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., pp. 3-7.

<sup>204</sup> Entre os trabalhos de CHIOVENDA sobre o assunto, destacam-se: Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Società Editrice “Foro Italiano”, 1930, pp. 181-224 e La idea romana en el proceso civil moderno. *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 4, 1933, pp. 161-180.

<sup>205</sup> *Idem*. *Cosa giudicata e competenza*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Nuovi saggi di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Cav. N. Jovene e C., 1912, pp. 67-80.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>207</sup> *Idem*. *Principi di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Casa Editrice Cav. N. Jovene e C., 1923, pp. 858-863 e 910-914.

<sup>208</sup> *Idem*. *Cosa giudicata e preclusione*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 231-283.

classificação – que foram posteriormente reiteradas na sua obra de sistematização de *Instituições de direito processual civil*<sup>209</sup>.

CHIOVENDA parte da premissa de que:

todo processo, uns mais, outros menos [...], para assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, põe limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, para além desses limites, essas faculdades não mais possam ser exercitadas<sup>210</sup>.

Para essa “consequência”, o autor deu o nome de *preclusão*.

Com base nessa premissa, afirma que a *essência* da preclusão é a “*perda ou extinção ou consumação, como quer que se diga, de uma faculdade processual apenas pelo fato de se terem atingido os limites estabelecidos pela lei ao seu exercício*”<sup>211</sup>.

Assim, o autor chega à definição de preclusão, qual seja:

a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que ocorre pelo fato: a) ou de não se ter observado a ordem assinalada na lei ao seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se ter realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de se ter já exercitado validamente a faculdade (consumação propriamente dita)<sup>212</sup>.

Essas hipóteses foram denominadas pela doutrina, respectivamente, de *preclusão temporal, lógica e consumativa*.

<sup>209</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. I. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935; *Idem*. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936.

<sup>210</sup> Tradução livre do excerto: “*Ogni processo, qual più meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all’esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare*” (*idem*. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II, cit., p. 479).

<sup>211</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *la perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla legge segnati al suo esercizio*” (*idem*. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II, cit., p. 479).

<sup>212</sup> Tradução livre do excerto: “*la perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale che si subisce per il fatto: a) o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni; b) o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà, come la proposizione d’un’eccezione incompatibile con un’altra, o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza; c) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta)*” (*idem*. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II, cit., pp. 479/480).

Sobre os efeitos da preclusão, explica CHIOVENDA que “*da preclusão pode nascer um direito (por exemplo, actio iudicati); mas pode nascer, mais comumente, uma simples situação jurídica*”, a qual (situação jurídica) é definida como:

uma figura do direito privado como do direito processual; ela se distingue do *direito* porque contém apenas um *elemento* do direito, ou de um efeito, ou de um ato jurídico futuro; isto é, há uma circunstância que, com o concurso de outras circunstâncias pode conduzir a um determinado efeito jurídico, enquanto que se essas circunstâncias não se verificarem, aquela [*situação jurídica*] permanece sem efeito algum<sup>213</sup>.

Nesse contexto, afirma o autor italiano que a preclusão tem duas funções, para as hipóteses de um processo encerrado ou ainda em curso. Na primeira, isto é,

em caso de processo terminado, a preclusão tem a função de garantir a intangibilidade do resultado do processo, isto é, o reconhecimento ou não-reconhecimento de um bem, a fim de que a vida social se desenvolva da maneira mais segura e pacífica que seja possível.

Na segunda hipótese, “*no curso do processo, a preclusão tem por fim tornar possível o ordenado desenvolvimento do juízo com a progressiva e definitiva eliminação de obstáculos*”<sup>214</sup>.

Ao se analisar os estudos de CHIOVENDA sobre o tema, dois aspectos chamam a atenção: a ideia central de que a preclusão está relacionada a uma perda e a constante correlação feita entre a preclusão e a coisa julgada.

Sobre o primeiro aspecto – apontado, inclusive, como ideia enraizada na tradição latina sobre a compreensão do instituto<sup>215</sup> –, é interessante notar que a essência da preclusão está fundamentalmente calcada na noção de *perda*. Mesmo na definição acima transcrita, após a hipótese de perda, o autor trata dos casos de *extinção* (que, como se depreende pelo próprio significado da palavra, muito se assemelha à própria *perda*) e de

<sup>213</sup> Tradução livre do excerto: “*Dalla preclusione può nascere un diritto (ad. es. actio iudicata); ma può nascere più comumente una semplice situazione giuridica. La situazione giuridica (KOHLE) è una figura del diritto privato come del diritto processuale; essa si distingue dal diritto perchè contiene soltanto un elemento del diritto o di un effetto o di un atto giuridico futuro; cioè si ha una circostanza che col concorso di alter circostanze successive può condurre a un dato effetto giuridico, mentre, se queste circostanze non si verificano, essa rimane senz’alcun effetto*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II, cit., p. 480).

<sup>214</sup> Tradução livre do excerto: “*A processo ultimato la preclusione ha la funzione di garantir ela intangibilità del risultato del processo, cioè il riconoscimento o il disconoscimento di un bene, affinché la vita sociale si svolga quanto più è possibile sicura e pacifica; nel corso del processo la preclusione ha per fine di rendere possibile l’ordinato svolgimento del giudizio colla progressivae definitiva eliminazione di ostacoli*” (*idem*. *Cosa giudicata e preclusione...* cit., pp. 237-238).

<sup>215</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada...* cit., p. 126.

*consumação* (que, ao se relacionar ao prévio exercício de uma faculdade processual, implica, em última análise, a perda de oportunidade em exercê-la novamente)<sup>216</sup>. CHIOVENDA revela isso ao se contrapor às críticas feitas por D’ONOFRIO ao seu conceito de preclusão<sup>217</sup>, *verbis*:

me parece, assim, demasiado ampla a ideia de preclusão adotada por D’ONOFRIO, que fala *de atividades que não podem ser desenvolvidas por um obstáculo jurídico*, enquanto que eu falo de faculdades *que não podem mais ser exercitadas*, ao que é inerente e essencial a ideia de perda<sup>218</sup>.

No segundo aspecto (correlação entre preclusão e coisa julgada), o desenvolvimento do raciocínio sobre a preclusão é permeado por diversas remissões (muitas delas comparativas) com a coisa julgada, como se observa, inclusive, pelo próprio título do seu principal ensaio sobre o tema (“*Cosa giudicata e preclusione*”), acima referenciado.

Nesse ponto, vale destacar a relação que o autor traça entre a *cosa julgada* e a *preclusão de questões*: após afirmar que “*a coisa julgada contém em si a preclusão de todas as futuras questões*”<sup>219</sup>, explica que:

a relação entre coisa julgada e preclusão de questões pode ser assim formulada: *a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente do qual o direito se serve para garantir ao vencedor o gozo do resultado do processo* (isto é, o gozo do bem reconhecido ao ator vencedor, a liberação da pretensão adversária ao reconhecido vencedor)<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II...cit., pp. 479/480.

<sup>217</sup> Sobre o tratamento do tema por Paolo D’Onofrio, v. item 1.1.2 *infra*.

<sup>218</sup> Tradução livre do excerto: “*Mi sembra poi troppo ampia l’idea di preclusione adottata dal D’ONOFRIO, che parla di attività che non possono svolgersi per un ostacolo giuridico, mentre io parlo di facoltà che non possono più esercitarsi, al che è inerente ed essenziale l’idea di perdita*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione...* cit., pp. 232-233).

<sup>219</sup> Tradução livre do excerto: “*La cosa giudicata contiene dunque in sé la preclusione di ogni futura questione*” (*idem*. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. I. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 343).

<sup>220</sup> Tradução livre do excerto: “*Il rapporto dunque fra cosa giudicata e preclusione di questioni può così formularsi: la cosa giudicata è un bene della vita riconosciuto o negato dal giudice; la preclusione di questioni è l’espedito di cui il diritto si serve per garantire al vincitore il godimento del risultato del processo (cioè il godimento del bene riconosciuto all’attore vincitore, la liberazione dalla pretese avversaria al convenuto vincitore)*” (*ibidem*, p. 343). Nesse ponto, é importante ressaltar que o entendimento de CHIOVENDA sobre a *cosa julgada* não foi posteriormente acolhida pela doutrina, que, hoje, segue unanimemente a visão de LIEBMAN, para quem “*a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a unânime doutrina, mas apenas um modo de se manifestar e de se produzirem os efeitos da sentença; algo que se acrescenta a esses efeitos para qualifica-los e reforça-los em um sentido bem determinado*” – tradução livre do excerto: “*l’autorità della cosa giudicata non è un effetto della sentenza, come postula l’unanime dottrina, ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima; qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso ben*

Percebe-se, assim, que esses dois institutos, apesar de terem conteúdos diferentes, guardam uma relação umbilical entre si. Mais que isso, essa íntima conexão demonstra que CHIOVENDA, na verdade, tentou tratar de duas ordens de preclusão (relacionadas, por um lado, às faculdades processuais e, por outro, às questões incidentais) que são muito diferentes entre si – tanto que a *preclusão de questões* acaba se assemelhando muito à *coisa julgada*<sup>221</sup>.

Por fim, merece ser destacada a nota feita por LIEBMAN na tradução da obra de CHIOVENDA, em que trata da preclusão no processo brasileiro. Ainda que tenha tratado do processo civil à luz do Código de 1939, é interessante a afirmação de LIEBMAN no sentido de que:

no processo brasileiro a preclusão recebe aplicação ainda maior que no processo italiano, por ser o meio que serve a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si [...]; e o princípio de *eventualidade*, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si<sup>222</sup>.

Ressalte-se, nesse excerto, a importância dada por LIEBMAN ao “princípio da eventualidade”, como algo a ser “garantido” pela preclusão, pois, não obstante seja considerado um “princípio” relevante para o processo civil, deve ser analisado com cautela no âmbito do processo penal.

---

*determinato*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935, p. 27). Para esse último autor, a *autoridade* da coisa julgada “*pode ser definida como a imutabilidade do comando nascente de uma sentença [...]; uma qualidade especial, mais intensa e mais profunda, que atinge o ato inclusive no seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato na sua existência formal, os efeitos do próprio ato*” – tradução livre do excerto: “*l’autorità della cosa giudicata, che si può appunto definire come l’immutabilità del comando nascente da una sentenza [...]; una qualità speciale, più intensa e più profonda, che investe l’atto anche nel suo contenuto e rende così immutabili, oltre l’atto nella sua esistenza formale, gli effetti quali che siano dell’atto medesimo*” (*ibidem*, p. 40). Sobre o conceito de coisa julgada penal (formal e material), v.: LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 196-200.

<sup>221</sup> Assim aponta SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 75, 77 e 91-92.

<sup>222</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 223, nota de rodapé nº 1.

### 2.1.1.2. Paolo D'Onofrio

Em ensaio sobre o conceito de preclusão moldado por CHIOVENDA, D'ONOFRIO teceu críticas ao raciocínio daquele autor, por considerá-lo excessivamente amplo, de maneira que a sua utilidade se mostraria muito discutível<sup>223</sup>.

D'ONOFRIO adota a premissa de que “*a ideia geral da preclusão é dada pela própria palavra: ela representa a condição de uma determinada atividade, que não pode se desenvolver por um obstáculo jurídico que se opõe ao seu livre exercício*”. Então, a partir dessa ideia de “obstáculo”, o autor afirma que “*a preclusão, portanto, é um conceito puramente negativo*”<sup>224</sup>. Essa é a principal crítica de D'ONOFRIO: para ele, a preclusão possui um efeito apenas *negativo*, voltado a impedir a formação de uma determinada situação jurídica. Desse modo, diminui-se a abrangência da preclusão, evitando o seu excessivo alargamento, uma vez que, na visão do autor, mesmo os atos, fatos e institutos jurídicos que possuem aspecto essencialmente positivo também podem ter uma força de exclusão – a qual, na verdade, é inerente a todos os conceitos, pois, dialeticamente, cada um deles nega o seu contrário<sup>225</sup>.

É interessante notar, ainda, que o professor da Universidade de Napoli enfatiza a preclusão no campo da atividade das partes (e não do juiz), ao afirmar que:

o campo mais rico de preclusões é propriamente aquele determinado não pela pendência da lide em si considerada, nem da máxima função do juiz (*iudicare*), mas sim pela específica conduta processual das partes<sup>226</sup>.

Com base nesse conceito *negativo* de preclusão, D'ONOFRIO exclui de sua abrangência a preclusão temporal, por considerar que o esgotamento de um prazo não acarreta “*a exclusão de um estado ou situação jurídica, mas sim a afirmação daquela contrária*”, pois “*o decurso dos prazos assim considerados preclusivos está essencialmente a consolidar o direito que por eles seriam ameaçados, e não a anular o*

<sup>223</sup> D'ONOFRIO, Paolo. Sul concetto di “preclusione”. In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927, p. 428.

<sup>224</sup> Tradução livre do excerto: “*L'idea generale della preclusione è data dalla parola stessa: essa rappresenta la condizione di una determinata attività, che non può svolgersi per un ostacolo giuridico che si oppone al suo libero esplicamento. La preclusione è quindi un concetto puramente negativo*” (*ibidem*, pp. 428-429).

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>226</sup> Tradução livre do excerto: “*il campo più ricco di preclusioni è proprio quello determinato non dalla pendenza di lite in sè considerata nè dalla massima funzione del giudice (iudicare) ma dalla specifica condotta processuale delle parti*” (*ibidem*, p. 435).

*direito contrário, que poderia, inclusive, nunca existir*<sup>227</sup>. Em outras palavras, considera que o esgotamento de um prazo não implica o *impedimento* à prática de um ato, mas sim a manutenção da situação jurídica anterior, que, justamente por representar um *efeito positivo*, não se amolda ao conceito de preclusão.

Posto isso, o autor italiano passa a elencar algumas categorias de preclusão, malgrado sustente que “*esse princípio não existe e não pode existir; é apenas combinando as várias normas positivas e os vários institutos lógicos que se pode estabelecer se em um determinado caso – e até que ponto – há preclusão*”<sup>228</sup>.

Assim, em um primeiro plano, afirma que a preclusão pode ter causa *extraprocessual* (fatos ocorridos fora do processo, mas que impedem o exercício de um direito processual) ou *processual* (que pode ser de várias índoles, mas se reduz a dois fenômenos opostos, da litispendência e da coisa julgada)<sup>229</sup>. Em relação a essa última, o autor consigna que o campo mais rico de preclusões é aquele determinado pelas *condutas processuais das partes*<sup>230</sup> e, então, elenca três categorias: *i)* preclusão por suspensão da função judicial ; *ii)* preclusão por unidade de escopo (“*electa una via, non datur recursus ad alteram*”); *iii)* preclusão por incompatibilidade de escopo (decorrente da incompatibilidade de um ato processual com o exercício de um direito que excluiria a sua existência ou a sua utilidade)<sup>231</sup>.

Todavia, segundo o autor, essas não são hipóteses taxativas, de modo que outras podem surgir no “*delicado organismo que é o processo*”, inclusive por um critério de liberdade do juízo<sup>232</sup>.

Vale ressaltar que CHIOVENDA respondeu às críticas de D’ONOFRIO, considerando demasiado ampla a ideia de preclusão (adotada pelo último autor) como

---

<sup>227</sup> Tradução livre do excerto: “*la esclusione di uno stato o condizione giuridica, ma l’affermazione di quella contraria. Il decorso dei termini così detti preclusivi sta essenzialmente a consolidare il diritto che da essi sarebbe minacciato, non ad annullare il diritto contrario, che protrebbe anche non essere mai sussistito*” (D’ONOFRIO, Paolo. Sul concetto... cit., p. 431).

<sup>228</sup> Tradução livre do excerto: “*Questo principio non esiste e non può esistere; ed è soltanto combinando le varie norme positive ed i varii istituti logici che si può stabilire se in un determinato caso – e fino a qual punto – preclusione vi sia*” (*ibidem*, p. 433).

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 433-434.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pp. 435-437.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 438.

*atividade que não possa ser desenvolvida por um obstáculo jurídico*, para, na sequência, reafirmar que o elemento essencial da preclusão é a *perda* de uma faculdade<sup>233</sup>.

As críticas formuladas por D’ONOFRIO parecem contraditórias, a se iniciar pelo fato de que, por mais que tenha tentado, ele não conseguiu se desvencilhar da ideia essencial da preclusão (qual seja, a de *perda*): dizer que o esgotamento do prazo leva a um efeito positivo de manutenção da situação jurídica anterior é o mesmo que se referir ao efeito negativo pelo impedimento do exercício de um ato processual que modificaria essa situação; são as duas faces de uma mesma moeda. Além disso, apesar de ter reduzido a preclusão para situações de efeito negativo, acabou por ampliar o conceito chiovendiano, ao relegar a definição de suas hipóteses à combinação de normas e ao livre arbítrio do juiz. Reflexo disso está na própria classificação por ele operada: não obstante tenha elencado as categorias que entende de preclusão, ao final deixou uma válvula aberta para a definição de outras hipóteses de preclusão.

Por esses motivos, as críticas de D’ONOFRIO não foram acolhidas pela posterior doutrina processual que tratou do tema, sendo considerada, inclusive, como de “débil peso”<sup>234</sup>.

### 2.1.1.3. *Enrico Redenti*

A contribuição de REDENTI ao estudo do tema é pontual e não está ligada ao cerne do conceito, mas sim à criação da expressão *preclusão “pro iudicato”* – que, como será visto mais adiante, acabou sendo adotada e, inclusive, indevidamente expandida pela doutrina que o seguiu.

O professor da Universidade de Bolonha cunhou essa expressão para designar a imutabilidade de uma decisão que, não sendo uma sentença de mérito (pois não implica o *acertamento* de um fato), gera efeitos para terceiros, isto é, para fora do processo no qual

<sup>233</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione...* cit., pp. 232-233.

<sup>234</sup> Como referenciado por FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 44. Também: BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., p. 31. Em sentido contrário, afirmando que as observações de D’ONOFRIO foram desconsideradas “imerecidamente”: TESORIERE, Giovanni. *Contributo...* cit., p. 44.

foi prolatada. Nesse sentido, exemplifica o autor com a hipótese de um processo de execução de um título executivo extrajudicial: se não houver nenhuma oposição à execução, de modo que termine sem qualquer perturbação, isso representará algo irrevogável e irreparável. A partir desse momento,

ninguém poderá se insurgir contra o fato ocorrido para destruí-lo ou infirmá-lo. E nesses limites haverá um resultado prático, similar àquele que haveria se fosse coberto pela coisa julgada. Se pode falar, portanto, nesses casos, de *preclusões pro iudicato*. E o fato ocorrido terá as habituais consequências reflexas também para os terceiros<sup>235</sup>.

Nessa específica hipótese, a ausência de uma decisão judicial que reconheça o crédito alegado pelo autor não obsta a sua execução por meio de um processo (por isso é que se trata de um título *extrajudicial*) e, tampouco, que essa execução judicial chegue a um fim, com a extinção pelo pagamento do valor devido, sem qualquer oposição do executado. A sentença que assim extinguisse o processo faria coisa julgada formal, mas, como não houve decisão sobre o mérito, não faria coisa julgada material.

Dentro desse contexto, REDENTI procurou conferir estabilidade a uma tutela judicial que não envolva acerto fático, isto é, “*procurou estabelecer um fenômeno que agisse sobre essa sentença e que lhe imputasse os efeitos de indiscutibilidade e imutabilidade próprios da coisa julgada*”<sup>236</sup>. Assim é que o autor chegou ao referido conceito de *preclusão pro iudicato*, como maneira de assegurar a segurança jurídica da decisão, por efeitos análogos ao da coisa julgada material.

Parece, assim, que a *preclusão “pro iudicato”* muito se assemelha à *coisa julgada material*, principalmente em seus efeitos (extraprocessuais<sup>237</sup>, de maneira a atingir terceiros e processos posteriores), mas dela se distingue por abranger decisões que não sejam de mérito.

---

<sup>235</sup> Tradução livre do excerto: “*Ma se opposizione non vi sia e l’execuzione giunga indisturbata fino al suo termine, questo rappresenterà egualmente qualche cosa di irrevocabile e di irreparabile. Da questo momento nessuno potrà più insorgere contro il fatto compiuto per distruggerlo od infirmarlo. E in questi limiti si avrà un risultato pratico, simile a quello che si avrebbe, se fosse coperto dal giudicato. Si può parlare pertanto in questi casi di preclusioni pro iudicato. E il fatto compiuto avrà le consuete conseguenze riflesse anche per i terzi*” (REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Ristampa della 2ª ed. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 71-72). Apesar de se fazer referência à obra reimpressa em 1957, as primeiras linhas sobre o tema foram traçadas por REDENTI no final da década de 1940, no livro *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938, pp. 126-137. De todo modo, citam-se aqui as ideias expostas no primeiro livro por serem mais completas.

<sup>236</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 20.

<sup>237</sup> Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 83.

Essa definição pioneira de *preclusão pro iudicato*, contudo, não foi seguida pela doutrina. Como se verá abaixo<sup>238</sup>, o processualista italiano RICCIO utilizou essa mesma expressão para abarcar outras hipóteses de preclusão para o juiz (sobretudo, de impedimento de reanalisar questões já decididas), de modo que, a partir daí, a expressão perdeu o seu sentido original e passou a ser utilizada de maneira ampla, como impedimento ao juiz de retroceder na análise de questões ao longo do processo. Essa acepção, inclusive, é largamente difundida na doutrina brasileira, que utiliza a expressão para situações que fogem de seu escopo original – o que foi percebido por NEVES, que, como se verá abaixo<sup>239</sup>, procurou restabelecer a definição original da expressão *preclusão pro iudicato* e, assim, sugerir a utilização da expressão *preclusão judicial* para as outras hipóteses de preclusão que podem atingir os poderes do juiz.

#### 2.1.1.4. Virgilio Andrioli

O professor da Universidade de Roma desenvolve seu raciocínio a partir das ideias de CHIOVENDA, para, com base nelas, afirmar que a preclusão é um instituto do direito substantivo e do processo – apesar de consignar que é nesse último que a preclusão se revela com maior intensidade<sup>240</sup>.

O autor inovou por se apoiar especificamente na noção de *procedimento* para analisar a preclusão, entendendo-o como “*série de atos das partes e do juiz (em geral, dos órgãos judiciários) cronologicamente ordenados com vista à sentença final*”<sup>241</sup>. Nesse contexto, explica o autor que o procedimento (ou o “processo compreendido como procedimento”) é composto, de um lado, por uma sequência temporal de um número mais ou menos conspícuo de fatos e atos e, de outro lado, por uma unidade de efeito, que se coloca como escopo final do procedimento<sup>242</sup>.

<sup>238</sup> Item 1.2.1.2 *infra*.

<sup>239</sup> Item 1.1.2.5 *infra*.

<sup>240</sup> ANDRIOLI, Virgilio. Preclusionione. In: D’AMELIO, Mariano (org.). *Nuovo Digesto Italiano*. v. XVII. Torino: UTET, 1939, p. 130.

<sup>241</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *serie di atti delle parti e del giudice (in genere, degli organi giudiziari) cronologicamente ordnati in vista del provvedimento finale*” (ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Parte prima. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1961, p. 397).

<sup>242</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *le componenti della nozione di procedimento (e, quindi, del processo, inteso come procedimento) sono da un lato la sequenza temporale di un numero più o meno cospicuo di fatti*

A partir dessas definições, o autor elenca cinco categorias de preclusão, a saber: *a)* preclusão derivada do “*decurso mal sucedido de um prazo com pena de decadência*” (isto é, do decurso de um prazo peremptório); *b)* preclusão derivada do exaurimento (superação) de uma fase do processo; *c)* preclusão derivada do exercício de um ato de modo diverso daquele estabelecido em lei; *d)* preclusão provocada pelo exaurimento de um grau de jurisdição; *e)* preclusão provocada pela prática de um ato incompatível com aquele que forma o seu objeto (ou seja, por incompatibilidade com outro ato anteriormente praticado)<sup>243</sup>.

Essas foram as contribuições de ANDRIOLI para o estudo da preclusão, as quais, para uma parte da doutrina, representaram “*se não uma superação, certamente uma modernização do conceito tradicional*”<sup>244</sup>, enquanto que, para outra parte, pouco acrescentaram ao conceito chiovendiano<sup>245</sup>, inclusive quanto à classificação, que “*não atende a nenhuma distinção mais acentuada entre os diversos casos em que se dá a preclusão*”<sup>246</sup>, pois “*os critérios que nortearam a divisão proposta pelo jurista italiano não se mostram úteis e proveitosos para o estudo do instituto da preclusão*”<sup>247</sup>.

Discorda-se das críticas às contribuições de ANDRIOLI. Mesmo que o professor italiano não tenha discordado substancialmente do conceito elaborado por CHIOVENDA (compartilhando, aliás, da essência do pensamento chiovendiano), sua análise inovou ao tratar da incidência da preclusão no campo do *procedimento*, na medida em que melhor revela a ideia de desenvolvimento ordenado da marcha processual (e, assim, da série de atos que a compõem)<sup>248</sup>. Além disso, a classificação por ele proposta representou melhor

---

*e atti e dall'altro lato l'unicità dell'effetto, che si pone come scopo finale del procedimento*” (ANDRIOLI, Virgilio. Preclusione (diritto processuale civile)...cit., p. 568).

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 568-570.

<sup>244</sup> TESORIERE, Giovanni. *Contributo...* cit., p. 44.

<sup>245</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 78.

<sup>246</sup> AGRÍCOLA BARBI, Celso. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 52, v. 158, mar./abr., 1955, p. 63.

<sup>247</sup> GIANNICO, Maurício. *A preclusão...* cit., p. 121.

<sup>248</sup> O entendimento de ANDRIOLI foi posteriormente seguido por MARELLI, que afirma que “*o conceito de preclusão pode ser corretamente entendido apenas se considerado no quadro do desenvolvimento de um procedimento, que se caracteriza, é bem conhecido, como um conjunto de atos e fatos concatenados em sequência ordenada com vista à obtenção de determinados efeitos que são produzidos unicamente pelo ato final do procedimento*” – tradução livre do excerto: “*Il concetto di preclusione può essere correttamente inteso solo se considerato nel quadro dello svolgersi di un procedimento, che si prospetta, è ben noto, come un insieme di atti e fatti concatenati in sequenza ordinata in vista del raggiungimento di determinati effetti*”

didática na percepção das causas de preclusão, sobretudo pela ideia de preclusão por superação de uma fase do processo, que foi acampada pela doutrina<sup>249</sup> e, como se verá no capítulo 4, será muito útil para a análise da preclusão no direito à prova no processo penal.

#### 2.1.1.5. Aldo Attardi

Atribui-se a ATTARDI “*a mais pesada crítica já formulada à ‘doutrina tradicional’ sobre o conceito de preclusão*”<sup>250</sup>. Há outros autores que igualmente teceram duras críticas ao conceito chiovendiano de preclusão (como, por exemplo, SATTÀ e FALZEA)<sup>251</sup>; contudo, para se evitar eventuais repetições, opta-se por discorrer sobre o principal expoente dessa corrente negativista.

O autor italiano inicia sua exposição com um resumo das lições da doutrina alemã (principalmente de BÜLOW) sobre a preclusão, que refletiria o fenômeno da incidência do tempo na vida de uma situação jurídica, ao passo que o conceito de CHIOVENDA seria mais amplo, por abranger outras hipóteses de extinção de faculdades, em um ponto de vista essencialmente processual<sup>252</sup>. Em seguida, ATTARDI discorre sobre o instituto da preclusão no pensamento de CHIOVENDA e na doutrina que o sucedeu, consignando a noção de preclusão é “controversa”, principalmente porque haveria dúvida se as hipóteses de extinção de um poder processual seriam causa de preclusão ou de outros institutos correlatos, como, por exemplo, a decadência e a coisa julgada<sup>253</sup>.

Feito isso, aponta que “*as circunstâncias que são indicadas como causa de extinção de um poder processual e, assim, de preclusão não são características do direito*

---

*che sono prodotti unicamente dall’atto finale del procedimento*” (MARELLI, Fabio. *La trattazione...* cit., p. 6).

<sup>249</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 78.

<sup>250</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 50.

<sup>251</sup> Para maiores considerações sobre as críticas de *Salvatore Satta* e *Angelo Falzea*, v.: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 46-50. Também, sobre a corrente “negacionista” da preclusão, v.: CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., pp. 20-25.

<sup>252</sup> ATTARDI, Aldo. *Preclusione (principio di)*. In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXIV. Milano: Giuffrè, 1985, p. 895.

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 896-899.

*processual, mas, ao contrário, encontram-se também no direito material*”<sup>254</sup>. Para justificar sua posição, trata de algumas hipóteses, argumentando, por exemplo, que o decurso de um prazo seria causa de decadência (e não de preclusão) e que o impedimento da prática de um ato já realizado (preclusão consumativa) decorreria, na verdade, do princípio do *ne bis in idem*. Assim, conclui o raciocínio reafirmando que:

não apenas no ordenamento processual, mas também no direito material podem ser verificadas, e não com menor frequência, fenômenos substancialmente idênticos àqueles que a doutrina, não apenas aquela tradicional, reconduz ao instituto da preclusão<sup>255</sup>.

Por esses motivos, ATTARDI chega a uma dura crítica ao instituto da preclusão: “[...] *nos parece que a utilização do conceito de preclusão contribua apenas para gerar equívocos e confusões na linguagem jurídica e para alimentar dúvidas sobre a natureza e disciplina de fenômenos substancialmente idênticos*”<sup>256</sup> – a exemplo da coisa julgada. Nesse sentido, sua conclusão ao final do ensaio é de que “*a construção de um princípio de preclusão é, em realidade, privada de fundamento*”<sup>257</sup>.

Como será demonstrado ao longo desse capítulo, a preclusão pode sim ser considerada como um instituto autônomo e de direito processual, tendo grande importância para a marcha do processo. Ainda que algumas hipóteses possam guardar semelhanças com institutos de direito material, com eles não se confunde<sup>258</sup>. Em última análise, a crítica formulada por ATTARDI parece retirar qualquer autonomia do direito processual, diminuindo o seu caráter publicístico e instrumental: afinal, ao procurar causas de direito material para situações eminentemente processuais, o autor acaba por diminuir a importância do próprio processo, relegando-o a um instrumento adjetivo do direito material.

<sup>254</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *le circostanze che sono state indicate come causa di estinzione di un potere processuale e quindi di preclusione non sono caratteristiche del diritto processuale, ma al contrario si ritrovano anche nel diritto materiale*” (ATTARDI, Aldo. Preclusione (principio di)...cit., p. 900).

<sup>255</sup> Tradução livre do excerto: “*Per concludere, non solo nell’ordinamento processuale ma anche nel diritto materiale si possono verificare, e con non minore frequenza, fenomeni sostanzialmente identici a quelli che la dottrina, non solo quella tradizionale, riconduce all’istituto della preclusione*” (*ibidem*, p. 901).

<sup>256</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *ci pare che l’utilizzazione del concetto di preclusione contribuisca solo a generare equivoci e confusione nel linguaggio giuridico e ad alimentare dubbi sulla natura e disciplina di fenomeni sostanzialmente identici*” (*ibidem*, p. 903).

<sup>257</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *la costruzione di un principio di preclusione è, in realtà, priva di fondamento*” (*ibidem*, p. 910).

<sup>258</sup> Nesse sentido, criticando o posicionamento de ATTARDI, v.: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 79, nota de rodapé nº 35.

### 2.1.1.6. Giovanni Tesoriere

O autor define a preclusão sob duas perspectivas: *estática* e *dinâmica*. Pela primeira, a preclusão é considerada como um *conceito*, que exprime a impossibilidade para a parte de exercer um poder ou uma faculdade, em dependência de determinados eventos. Esse *conceito* considera a preclusão pelos elementos que a compõem, permitindo, assim, diferenciá-la de outros conceitos como decadência, prescrição, nulidade etc<sup>259</sup>. Já pela perspectiva *dinâmica*, a preclusão é compreendida como um *princípio*, que, independentemente de seu conteúdo concreto, relaciona-se com outros princípios fundamentais do processo (como, por exemplo, o contraditório)<sup>260</sup>.

Tais definições, por si só, não representam grande inovação no tratamento doutrinário do tema, visto que se assemelham às acepções da preclusão como *instituto* e como *princípio*, acima expostas (item 1.1 *supra*).

O ponto mais interessante da obra de TESORIERE é a premissa por ele adotada de que a preclusão representa um *efeito processual*, “*precisamente a impossibilidade da parte de exercer, sucessivamente à sua ocorrência, uma faculdade ou um poder que devessem ser praticados em um determinado modo e dentro de um certo prazo*”<sup>261</sup>. Nesse sentido, o autor considera que a preclusão é o *efeito* da decadência (que seria a sua *causa*): se a parte não exercitar um direito ou uma faculdade no prazo previsto em lei, decairá desse direito ou faculdade, fazendo com que surja a preclusão (isto é, o *efeito preclusivo*), que lhe impede de praticar uma atividade depois de esgotado o prazo. A decadência, como expressão da inércia do sujeito, determina a (é causa da) preclusão, como impedimento de realização de um ato processual<sup>262</sup>.

Nesse contexto, o autor elenca três momentos que podem ser distinguidos dentre os eventos que giram em torno da preclusão, a saber: i) a *causa preclusiva*; ii) o *efeito*, que é a preclusão propriamente dita, enquanto impossibilidade do sujeito realizar determinado ato

<sup>259</sup> TESORIERE, Giovanni. *Contributo...* cit., p. 11-12.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>261</sup> Tradução livre do excerto: “*La preclusione rappresenta un tipico effetto processuale, e precisamente la impossibilità per la parte di esplicare, sucessivamente al suo verificarsi, una facoltà o un potere che dovevano essere svolti in un dato modo o entro un certo termine*” (*ibidem*, p. 88).

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

(que foi objeto de preclusão); *iii*) eventualmente, a proposição ou reproposição do ato precluso e das consequências que decorreram de tal atividade<sup>263</sup>.

## 2.1.2. Doutrina brasileira

### 2.1.2.1. Celso Agrícola Barbi

Em ensaio publicado em meados da década de 1950, AGRÍCOLA BARBI analisa os estudos de CHIOVENDA sobre preclusão e conclui que o conceito formulado pelo professor italiano é deficiente, na medida em que “*não está em acôrdo com o ponto de partida por êle tomado em suas investigações, e muito menos com os exemplos e aplicações dados por êle*”<sup>264</sup>. Em suma, sustenta que, malgrado CHIOVENDA tenha se preocupado em distinguir a *coisa julgada* da *preclusão de questões* (que atingem os poderes do juiz)<sup>265</sup>, acabou por definir a preclusão apenas em relação às faculdades das partes – deixando de lado, no conceito, as questões decididas ao longo do processo<sup>266</sup>.

Essa é a grande contribuição de AGRÍCOLA BARBI para o estudo do tema: perceber que o conceito de preclusão formulado por CHIOVENDA é preciso quanto à atuação das partes (preclusão de *faculdades*), mas falho em relação à atuação do juiz (preclusão de *questões*, que se assemelha, em muitos pontos, à própria coisa julgada formal). Em suas próprias palavras:

a compreensão do instituto é bem mais ampla e mesmo bem diversa da que sua definição deixa transparecer: a preclusão abrange não só faculdades das partes, mas também questões decididas, e atinge não só as partes, mas também o juiz<sup>267</sup>.

Para solucionar esse problema, BARBI propõe afastar o conceito de *coisa julgada formal* e utilizar, em seu lugar, o de *preclusão*, que abrangeria, além das *faculdades*, as

<sup>263</sup> TESORIERE, Giovanni. *Contributo...* cit., p. 76.

<sup>264</sup> AGRÍCOLA BARBI, Celso. Da preclusão... cit., p. 60.

<sup>265</sup> “É evidente nesses trabalhos a preocupação do autor em fixar a noção de coisa julgada (material) e distingui-la do efeito que têm as decisões sobre meras questões processuais. E, afirmando que, quando a estas, pode haver, quando muito, coisa julgada formal, acaba por concluir que, quanto às questões meramente processuais, não há coisa julgada (material), mas sim preclusão” (*ibidem*, p. 60).

<sup>266</sup> “Ái teremos então chegado ao ponto em que a conceituação se mostra deficiente, pois, segundo as palavras de CHIOVENDA, a preclusão é de faculdades, mas êle acaba admitindo a de questões decididas expressa ou implicitamente no curso do processo” (*ibidem*, p. 60).

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 61.

*questões decididas*. Argumenta que o professor italiano deveria ter chegado à “*última consequência*” de “*proscrição do conceito de coisa julgada formal*”, porquanto seu conteúdo ficou esvaziado com a utilização do conceito de preclusão: afinal, falar em preclusão de uma questão equivaleria a dizer que há coisa julgada formal sobre essa mesma questão<sup>268</sup>.

Conclui, então, que:

substituir o conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão de questões será apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou imprestável e apto somente para gerar confusões. O conceito de preclusão, mais abrangente, – pois além de se referir a *questões* pode se referir também a *faculdade* – substitui, portanto, no estado atual do Direito, o de coisa julgada formal<sup>269</sup>.

Todavia, apesar da precisa percepção de BARBI quanto à lacuna da definição de CHIOVENDA sobre a preclusão de *questões*, sua conceituação do instituto (que segue a mesma linha de CHIOVENDA quanto à preclusão de *faculdades*) pouco agregou para a melhor compreensão de tal ponto.

O autor brasileiro sugere “*três tipos fundamentais*” de preclusão, a saber:

1) as derivadas da perda de uma faculdade, por não exercida no tempo devido; 2) as derivadas da extinção de uma faculdade, por já ter sido utilizada uma vez (consumação); 3) as derivadas de ato do juiz (decisão sobre questões)<sup>270</sup>.

Como se vê, a definição do instituto alcançada por BARBI pouco contribuiu para que se possa melhor compreender de que maneira (e em que medida) a preclusão incidiria sobre os atos do juiz (isto é, sobre as questões decididas no curso do processo).

Por fim, é interessante notar que, tal como LIEBMAN consignou na nota elaborada na tradução da obra de CHIOVENDA<sup>271</sup>, também BARBI sustenta que a preclusão está ligada a dois “princípios” orientadores do então Código de Processo Civil de 1939, quais sejam, o da *inapelabilidade dos interlocutórios* e o da *eventualidade* – esse último voltado a “*impedir que quaisquer meios de ataque ou de defesa, não apresentados com a inicial ou*

<sup>268</sup> AGRÍCOLA BARBI, Celso. Da preclusão... cit., pp. 62-63.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>271</sup> V. item 1.1.1.1 *supra*.

com a contestação, o possam ser em momento posterior”, de modo a haver “a preclusão da faculdade de apresentar novos meios de ataque ou defesa em outra fase”<sup>272</sup>.

#### 2.1.2.2. Antônio Alberto Alves Barbosa

Em obra publicada em 1955 – e até hoje referenciada pelos estudiosos do assunto –, BARBOSA analisou a preclusão por um viés, como ele mesmo reconhece, “*mais prático do que teórico*”<sup>273</sup>. Daí vem o destaque da obra como uma compilação das ideias até então expostas (principalmente pela doutrina italiana) sobre o tema, mas sem a pretensão de analisar criticamente o conceito. Talvez por isso, o autor muito discorreu sobre as teorias já desenvolvidas em torno da preclusão e sobre a sua finalidade e importância no processo, mas nada agregou de novo para a compreensão do instituto.

BARBOSA filia-se ao entendimento de CHIOVENDA, para sustentar que “*a preclusão não alcança só as partes, mas também o juiz*”, de maneira que “*há, portanto, além da preclusão das faculdades das partes, a da decisão das questões*”<sup>274</sup>. Não obstante comungue desse raciocínio, aponta a lacuna do professor italiano em definir a preclusão que incide sobre as questões. Afirma, também, que:

a preclusão não tem efeito apenas negativo, porque quando impede a prática, por uma das partes, de atos processuais que não se adaptem à ordem legal e aos princípios que a regem, ela atribui, ao mesmo tempo, um direito ou uma expectativa de direito à outra<sup>275</sup>.

Com base nessas ideias, BARBOSA discorre bastante sobre as finalidades da preclusão. Em suma, sustenta que:

a aplicação da preclusão na marcha processual constitui um imperativo para que esta se desenvolva em etapas claras e precisas, ordenadas e equilibradas, assegurando ao mesmo tempo eficiência e segurança na realização da vontade concreta da lei e na sua aplicação aos casos particulares<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> AGRÍCOLA BARBI, Celso. Da preclusão... cit., p. 61.

<sup>273</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., p. 13.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 35.

Assim, a preclusão estabeleceria um “*regime de responsabilidade*”<sup>277</sup>, de modo a impor:

a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente<sup>278</sup>.

Ainda dentre as finalidades e a importância da preclusão no processo, o autor, partindo da premissa de que “*a preclusão é um imperativo da verdadeira ordem processual e que tem também grande valor como método para atender ao processo, de acordo com Büllow [sic]*”, afirma que “*só podemos concluir identificando-a com a perfeição processual, capaz de levar à obtenção da certeza do direito*”<sup>279</sup> – sem detalhar, contudo, no que consistiria a tal “*perfeição processual*”.

Outrossim, é importante destacar a análise (ainda que breve) que o autor fez sobre a natureza jurídica do processo<sup>280</sup>. Com base nas lições de COUTURE, após discorrer sobre as teorias existentes a respeito do tema, aponta que, na visão do processo como *situação jurídica*, “*em que não impera a ordem lógica e temporal, seria inútil o instituto da preclusão*”<sup>281</sup>. O autor, filiando-se à corrente que entende o processo como uma *relação jurídica*, defende a importância da preclusão para essa acepção, ao afirmar que “*o processo organizado e concebido de modo lógico e preciso, como relação jurídica, tem como base a preclusão*”<sup>282</sup>.

Por fim, não obstante a obra verse sobre preclusão no processo civil, o autor dedicou um breve item para tratar da “*preclusão em relação à prova no processo civil e no processo penal*”<sup>283</sup>. Com base em RICCIO e MANZINI (com os quais parece concordar), afirmou sucintamente que, no processo penal, existem preclusões para as partes em matéria de prova, as quais, contudo, “*podem sempre ser superadas pelo juiz no exercício discricionário do seu poder de averiguação da verdade*”<sup>284</sup>, em razão da “*iniciativa*

<sup>277</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., p. 50.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>280</sup> *Ibidem*, pp. 85-88.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>283</sup> *Ibidem*, pp. 113-114 (item 52).

<sup>284</sup> *Ibidem*, pp. 113-114.

*probatória que a lei concede ao juiz penal*<sup>285</sup>. Com isso, conclui que, no que diz respeito à prova, “a preclusão assume, no processo civil, posição, sob certo aspecto, diversa da que assume no processo penal”<sup>286</sup>.

### 2.1.2.3. José Frederico Marques

FREDERICO MARQUES, ao tratar do tema no campo do processo civil<sup>287</sup>, adota, em linhas gerais, a definição elaborada por CHIOVENDA e acrescenta a figura da *preclusão “pro iudicato”*, fazendo a sua correlação (e distinção) com o instituto da *coisa julgada*.

O professor paulista parte da premissa de que, pelo ponto de vista *objetivo*, “a *preclusão é um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento*”. Já sob o ponto de vista *subjetivo*, compreende a preclusão como “a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercitado em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto”<sup>288</sup>. Tal como o citado autor italiano, FREDERICO MARQUES subdivide a preclusão em *temporal*, *lógica* e *consumativa*, sendo que as duas primeiras seriam preclusões “impeditivas”, ao passo que a última teria “o caráter e natureza de fato extintivo”<sup>289</sup>. Assim, em sua obra de *Instituições de direito processual civil*, afirma que a “*preclusão temporal é a perda de uma faculdade oriunda de seu não exercício no prazo ou termo fixados pela lei processual*”<sup>290</sup>; a “*preclusão lógica é a que decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado*”<sup>291</sup>; e:

dá-se a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente. Ela se funda na regra do *non bis in idem*, e, no direito positivo, tem seu assento legal no que preceitua o art. 289 do Cód. de Proc. Civil [de 1939], *in verbis*: “nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”<sup>292</sup>.

<sup>285</sup> BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., p. 114.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> Sobre o entendimento de FREDERICO MARQUES sobre o tema no processo penal, v. item 1.2.2.3 *infra*.

<sup>288</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. 4<sup>a</sup> ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 285.

<sup>289</sup> *Ibidem*.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> *Ibidem*.

Ressalte-se que, em seu *Manual de direito processual civil*, obra posterior às *Instituições*, e já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, FREDERICO MARQUES adota uma definição ligeiramente diferente sobre a *preclusão consumativa*, ao ilustrá-la pela hipótese de “quando o pronunciamento decisório sobre uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando reexame posterior da referida questão (ne bis in idem)”<sup>293</sup>, sendo, assim, “fato que resulta de ato decisório irrevogável”<sup>294</sup>. Note-se, nesse ponto, que, malgrado na primeira obra o autor tenha caracterizado essa modalidade de preclusão como “fato extintivo”, aqui qualifica-a como “fato impeditivo”.

Apesar dessa diferença, é interessante notar que as duas acepções colocam a *preclusão consumativa* mais próxima à atividade do juiz, na medida em que a relaciona com a *decisão proferida pelo juiz sobre uma questão* – e não, à luz da definição chiovendiana, com a prática anterior do mesmo ato processual pela parte.

O autor também adota o conceito de *preclusão “pro iudicato”*, definindo-a como aquela que incide nas decisões de “conteúdo exclusivamente processual, uma vez que, em tais pronunciamentos, impossível será aludir-se à coisa julgada por ausência de resolução judicial sobre o mérito da causa”. E prossegue:

nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como a preclusão “*vera e própria*” não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão-só as faculdades processuais das partes, fala-se de *preclusão “pro iudicato”*<sup>295</sup>.

Nesse ponto, é importante observar que o professor paulista incorreu no mesmo equívoco capitaneado por RICCIO (item 1.2.1.2 *infra*), ao expandir indevidamente o significado que REDENTI originalmente conferiu à expressão *preclusão pro iudicato* (item 1.1.1.3 *supra*), de modo a abranger todos os poderes do juiz (quando, como se viu

<sup>293</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>295</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Instituições...* cit., p. 288.

acima, a expressão originalmente referia-se apenas a uma particular hipótese de decisão proferida em processo de execução de título extrajudicial)<sup>296</sup>.

Como apontado por SICA, FREDERICO MARQUES não deixa clara a distinção entre a *preclusão pro iudicato* e a *coisa julgada formal*<sup>297</sup>. Todavia, consegue diferenciar a *preclusão pro iudicato* da *coisa julgada material*, ressaltando que:

os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da *res iudicata material* se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal<sup>298</sup>.

#### 2.1.2.4. Manoel Caetano Ferreira Filho

O trabalho de FERREIRA FILHO, publicado no início da década de 1990, ganhou destaque em seu tempo por ter feito um detalhado estudo histórico sobre o tratamento da preclusão pelas doutrinas brasileira e italiana. Segundo SICA, tratou-se de obra “*insuperável por aquelas que a precederam em termos de clareza e sistematização, mas que não deixa de estar adstrita aos limites que a ciência processual já chegara anteriormente*”<sup>299</sup>.

De todo modo, o trabalho assume especial destaque pela detalhada explicação feita sobre a incidência da preclusão nos poderes do juiz – o que, até aquele momento, não havia sido feito pela doutrina brasileira.

Assim, FERREIRA FILHO parte da premissa de que “*o juiz não está imune à preclusão*”<sup>300</sup>, de modo que a preclusão atinge os seus poderes. Antes de verificar quais desses poderes são atingidos pela preclusão, o professor paranaense elenca as modalidades de preclusão a que estão sujeitos os poderes do juiz. Nesse sentido, afirma que, para o juiz:

<sup>296</sup> Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 24, que aponta que, no cenário jurídico nacional, FREDERICO MARQUES adotou a mesma definição dada à expressão *preclusão pro iudicato* por RICCIO, que, por sua vez, foi quem deu início a essa confusão.

<sup>297</sup> “*O autor peca por não deixar clara a distinção entre preclusão pro iudicato e coisa julgada formal: limita-se a dizer que a primeira recai tanto sobre as sentenças quanto sobre as decisões interlocutórias, e que, tal como a coisa julgada formal, ‘só ocorrerá quando proferida decisão de que já não caiba recurso’*” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 86).

<sup>298</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Manual...* cit., pp. 170-171.

<sup>299</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 88.

<sup>300</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 24.

i) não há preclusão temporal, “pois o decurso do prazo não lhe retira a possibilidade de praticar o ato validamente”; ii) não há preclusão lógica, “uma vez que incompatibilidade lógica não pode ocorrer entre os atos praticados pelo juiz”<sup>301</sup>; e iii) há preclusão consumativa, pois “uma vez exercido o poder que se manifesta na prática do ato decisório, ocorre a consumação do poder, mesmo ficando o juiz impedido de reapreciar a questão decidida”<sup>302</sup>.

Na sequência, o autor aponta que as decisões que extinguem o processo, com ou sem julgamento de mérito, não se sujeitam à preclusão, mas apenas à coisa julgada material ou formal<sup>303</sup>.

Com isso, consegue chegar “à máxima redução possível do problema”: a modalidade de preclusão que atinge os poderes do juiz é somente a consumativa; e os poderes atingidos são apenas os *instrumentais, decisórios ou ordinatórios*<sup>304</sup>. A conclusão, assim é de que “*estão expostos à preclusão tão-somente os poderes do juiz que se manifestam através de atos jurisdicionais que não conduzem à extinção do processo*”<sup>305</sup>.

Ainda em relação aos poderes do juiz, é importante destacar a posição exposta pelo autor sobre a preclusão e os poderes instrutórios do juiz. Se, por um lado, a preclusão atinge as faculdades das partes em matéria probatória, por outro lado a mesma conclusão não pode ser transplantada para os poderes do juiz<sup>306</sup>. Como já fixado anteriormente, o juiz não se sujeita à preclusão temporal, nem mesmo por fase do processo, “*sendo inquestionável a possibilidade, mesmo ultimada a instrução, de conversão do ‘julgamento em diligência para complementar a instrução do processo’*”<sup>307</sup>. Assim, a análise da questão se resume à preclusão consumativa do juiz, que poderia ser questionada em duas hipóteses: se o juiz poderia determinar a produção de uma prova, que tenha sido objeto de

---

<sup>301</sup> E complementa o professor: “*poder-se-ia pensar que, decidindo determinada questão em um sentido, o juiz, por força da preclusão lógica, não poderia voltar atrás e decidi-la em sentido contrário. Todavia, o que ocorre nessa hipótese é preclusão consumativa do poder de praticar o ato decisório*” (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão*, p. 25).

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>307</sup> *Ibidem*, pp. 91-92.

indeferimento anterior, em decisão não recorrida pela parte interessada; e se o juiz poderia indeferir uma prova anteriormente deferida, em decisão também não agravada.

Segundo o professor, a resposta para a primeira hipótese é afirmativa, pois “*o poder de iniciativa probatória inclui o de determinar a produção de prova já indeferida*”. Já em relação à segunda hipótese, a resposta é negativa, uma vez que “*o posterior indeferimento da prova implicaria, ao nosso ver, uma ofensa ao direito de provar que, como dito, goza de proteção constitucional*”. A justificativa para tanto também encontraria amparo na estabilidade e na segurança jurídicas: como “*a preclusão tem por finalidade exatamente assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais, impedindo o retorno do processo à fase já superada*”, o posterior indeferimento do pedido de produção de meio de prova colidiria com essa finalidade, na medida em que “*a situação jurídica de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento*”<sup>308</sup>.

Discordamos do raciocínio exposto pelo autor na segunda hipótese.

A envergadura constitucional do direito à prova não acarreta imutabilidade da decisão de admissibilidade de um meio de prova. As partes gozam de direito à prova, por previsão constitucional. Isso, contudo, não leva à conclusão de que exista um *direito* (absoluto) *de provar*: não é permitido às partes provar tudo o que quiserem, pois os seus pedidos devem atender aos critérios de *pertinência* e *relevância* para serem acolhidos. Em outras palavras, o alegado *direito de provar* é composto por um inarredável juízo de admissibilidade, que rejeita os pedidos de produção de meios de prova impertinentes ou irrelevantes para o processo (especificamente, para o *thema probandum*). Assim, uma coisa é o direito à prova; outra coisa é o mencionado *direito de provar*, que somente poderá ser exercido (pela *produção* da prova) se passar pelo crivo de *admissibilidade* (à luz dos critérios de pertinência e relevância).

Outrossim, não se descuida que a preclusão visa conferir estabilidade às situações jurídicas e impedir o retrocesso da marcha processual. Contudo, o campo em que se desenrola a hipótese aqui aventada é a *fase de instrução*, que, por natureza, é *dinâmica*: com o desenrolar da instrução, o juiz pode perceber que uma prova anteriormente deferida

---

<sup>308</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão*, p. 92.

é, na verdade, impertinente ou irrelevante (ou vice-versa). Por isso, não há como se falar em estabilidade no âmbito de uma fase caracterizada por uma *dinâmica* produção de provas, em busca do melhor acerto fático possível. Somente com o fim da instrução é que se terá uma fase superada. Antes disso, durante a atividade probatória desenvolvida na instrução, não há como se falar em superação de fase.

Por fim, vale ressaltar que o autor, ao tratar da classificação da preclusão pela doutrina brasileira (que, segundo ele, se dá por três modalidades: temporal, lógica e consumativa)<sup>309</sup>, critica a denominada *preclusão por fases do processo*, porquanto ela se amoldaria à hipótese de preclusão temporal, compreendida pela perspectiva de decurso do tempo que compõe uma fase processual. Assim, o impedimento ao exercício de um ato processual decorreria, nessa situação, “*do estágio em que se contra a relação processual*” – o que se assemelha à hipótese de preclusão temporal por mero esgotamento de prazo<sup>310</sup>.

#### 2.1.2.5. Daniel Assumpção Amorim Neves

Em tese na qual trata especificamente das preclusões para o juiz, NEVES faz uma distinção precisa entre *preclusão pro iudicato* e o fenômeno de imutabilidade das questões incidentais (por ele denominado *preclusão judicial*). Com rigor terminológico, o autor retoma o conceito original de REDENTI, com o intuito de manter a sua utilização apenas para a hipótese originalmente pensada e, com isso, se valer da expressão *preclusão judicial* para as outras hipóteses de preclusão sobre as questões decididas pelo juiz.

Ao analisar a obra de REDENTI (que, como visto acima, concebeu a expressão “*preclusão pro iudicato*”), NEVES explica que a concepção do autor italiano está relacionada a uma situação específica: uma ação de execução, com base em título executivo extrajudicial, em que ocorra “*tanto a satisfação do crédito do exequente como a omissão por parte do executado na interposição dos embargos do devedor ou ainda a extinção desses embargos sem o julgamento do mérito*”<sup>311</sup>. Para essa hipótese, REDENTI

<sup>309</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão*, p. 33.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>311</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 19. Para maiores considerações sobre a hipótese que configura a *preclusão pro iudicato* de acordo com a original concepção do professor italiano, v. item 1.1.1.3 *supra*.

cunhou a citada expressão para designar “*o fenômeno que agisse sobre essa sentença e que lhe imputasse os efeitos de indiscutibilidade e imutabilidade próprios da coisa julgada*”<sup>312</sup>. Ainda que não se trate de coisa julgada material, pois não há sentença de mérito (ou, nas palavras de REDENTI, não há *acertamento fático*<sup>313</sup>), “*para tal situação seria necessária a aplicação de efeitos análogos aos desse instituto, como forma de garantir a segurança jurídica da decisão*”<sup>314</sup>.

Assim, delimitado o âmbito de aplicação da expressão cunhada por REDENTI, afirma NEVES que “*não estará correto o uso da expressão preclusão pro iudicato quando tratarmos da preclusão para o juiz, já que não é esse o significado original da expressão*”<sup>315</sup>. Desse modo, para restringir o uso da expressão estritamente à hipótese imaginada pelo professor italiano, o autor opta por denominar de *preclusão judicial* a espécie de preclusão que incide sobre os poderes do juiz.

Essa distinção metodológica será adotada doravante na presente pesquisa, de modo que as referências às preclusões que atingirem os poderes do juiz no processo penal serão sintetizadas pela expressão *preclusão judicial*. Como se pode depreender da explicação *supra*, não se utilizará a expressão *preclusão pro iudicato* no campo processual penal, uma vez que, à toda evidência, a concepção originalmente cunhada por REDENTI é inaplicável em tal âmbito.

É interessante a crítica que NEVES faz à utilização da concepção de REDENTI no ordenamento jurídico brasileiro, centrada no fato de que o autor italiano tentou conferir efeitos análogos ao da coisa julgada material para uma hipótese que não a comporta. Isso porque, no processo executivo – ao menos nos moldes em que era previsto no Código de Processo Civil de 1973 – não havia sentença de mérito, de modo que inexistia a coisa julgada material. Não obstante isso, o professor italiano tentou se aproximar dela, ficando, contudo, no meio do caminho entre preclusão (*pro iudicato*) e coisa julgada material – o que destoa tanto de ambas, pois se conferiu efeito extraprocessual (ínsito à coisa julgada) a um instituto que, em sua essência, gera efeitos apenas endoprocessuais (preclusão)<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 20.

<sup>313</sup> REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile...* cit., p. 71.

<sup>314</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 20.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>316</sup> *Ibidem*, pp. 76-77.

No que tange às espécies de preclusão que incidem sobre os poderes do juiz, afirma o autor, com amparo na definição de CHIOVENDA, que não se pode falar em preclusão temporal, uma vez que, para o juiz, os prazos são impróprios, de modo que o seu descumprimento não implica qualquer efeito processual. Assim, o juiz somente pode se sujeitar às hipóteses de preclusão lógica e consumativa – sendo que o maior interesse da análise desenvolvida no estudo reside nessa última modalidade<sup>317</sup>.

Nesse contexto, e dado o objeto da presente dissertação, vale mencionar as considerações do autor sobre a incidência de preclusão para o juiz durante a fase probatória, feitas por meio da análise de quatro hipóteses por ele formuladas.

Assim, pela primeira hipótese, explica NEVES que se o juiz entender necessária a produção de uma prova após o momento processual do despacho saneador, não haverá óbice para a determinação *ex officio* de sua produção, pois, não estando o juiz sujeito à preclusão temporal, pode ele exercer a sua iniciativa instrutória em qualquer momento do processo<sup>318</sup>.

A segunda hipótese reside na possibilidade do juiz, após ter deferido a produção de uma prova, reconsiderar de ofício a sua decisão para indeferi-la. Para o autor, no que diz respeito à determinação de provas, “o momento único e adequado a essa decisão, ao menos sob a forma negativa, é a do saneamento do processo”<sup>319</sup>; a decisão de admissibilidade gera para o interessado “um direito à produção daquela prova, que não pode simplesmente lhe ser subtraído pela vontade do juiz”, de modo que não poderia o juiz reconsiderar a decisão positiva, sob pena de afronta ao “direito de provar da parte, que é garantido constitucionalmente no art. 5.º, inciso LIV do Texto Maior”<sup>320</sup>. Assim, com o deferimento do pedido de produção de prova, verifica-se a ocorrência de preclusão judicial nessa decisão<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., pp. 41-42.

<sup>318</sup> *Ibidem*, pp. 265-266.

<sup>319</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 267.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 269.

A outra hipótese trata de caminho inverso à anterior: a possibilidade do juiz deferir a produção de uma prova que havia sido anteriormente indeferida, sem que tenha havido interposição de recurso contra essa decisão. A resposta dada pelo autor é positiva, sob o argumento de que, não havendo preclusão temporal para o juiz, ele pode determinar de ofício a produção de provas a qualquer momento, “*para que ele possa formar o seu convencimento da maneira mais completa possível*”<sup>322</sup>.

A última hipótese, por sua vez, versa sobre a possibilidade de não produção de uma prova que tivesse sido anteriormente determinada *ex officio*. Segundo NEVES, o raciocínio a ser desenvolvido aqui é o mesmo da segunda hipótese: uma vez determinada a produção da prova (por iniciativa da parte ou do próprio juiz), “*nasce às partes um direito à prova, e seu futuro indeferimento infringiria as normas que regem esse direito, garantido em nosso Texto Maior*”<sup>323</sup>.

Não obstante o autor trate de hipóteses atinentes ao processo civil, desde já se discorda da impossibilidade de posterior indeferimento *ex officio* da produção de uma prova que havia sido anteriormente determinada.

O autor utilizou o critério de maior amplitude probatória, a fim de conferir a maior abrangência possível ao direito constitucional à prova. Como acima exposto, uma vez admitida a prova, surgiria um “*direito à produção daquela prova*”, que não poderia ser subtraído pelo juiz, sob pena de ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal<sup>324</sup>. Assim, segundo o raciocínio do autor, a admissibilidade *positiva* da prova não poderia ser revista (de modo a haver preclusão consumativa para o juiz), gerando um direito imutável à produção da prova; ao passo que a admissibilidade *negativa* poderia ser revista pelo magistrado (não ocorrendo, nessa hipótese, preclusão consumativa).

Contudo, a natureza constitucional do direito à prova não pode ser compreendida como um direito à admissibilidade da prova e, tampouco, como um direito à produção da prova admitida. O direito constitucional à prova envolve um juízo de admissibilidade

---

<sup>322</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 270.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 271. Sobre esse ponto, afirma o autor que, “*a partir do momento em que surge nos autos a determinação para a produção de uma prova, está criado o direito a essa produção, direito que, embora tenha sido criado pelo juiz, ao determinar ex officio a produção da prova, passa a pertencer às partes interessadas naquela produção*” (*ibidem*).

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 268.

(momento de admissão), em que o magistrado analisará se a prova requerida (momento de propositura) atende aos critérios de *pertinência e relevância* – para, em caso positivo, admitir a prova e determinar a sua produção (momento de produção). Todos esses momentos compõem o direito à prova e são protegidos por sua natureza constitucional; isso, porém, não significa que todos gozem de um valor *absoluto*.

Especificamente na admissão da prova, caso positiva, não há formação de *coisa julgada* (como parece sugerir o raciocínio de NEVES, ao sustentar a sua imutabilidade). O juízo de admissibilidade não se consuma pelo mero fato de ser *positivo* (ou, no raciocínio inversão, não deixa de ser atingido pela preclusão consumativa pelo mero fato de ser negativo). O ponto de inflexão, aqui, é que *o juízo de admissibilidade não preclui*, pois, ainda que o direito à prova tenha envergadura constitucional, a atividade probatória (e, conseqüentemente, a fase instrutória) é, por essência, *dinâmica*, de modo que uma prova *admitida* pode, posteriormente, com o desenrolar da instrução, mostrar-se *impertinente* ou *irrelevante* (ou vice-versa).

A nosso ver, o juízo de admissibilidade (seja positivo ou negativo) não sofre preclusão, de maneira que o juiz pode reconsidera-lo (mesmo de ofício) em posterior momento da instrução (desde que, é claro, atendidos os critérios de pertinência e relevância da prova). Conseqüentemente, o aludido direito à produção da prova pode ser alterado, uma vez que depende do anterior juízo de admissibilidade – inadmitida a prova, não poderá ela ser produzida.

O juízo de admissibilidade da prova não preclui e tampouco forma coisa julgada (pois a decisão de admissibilidade não tem caráter de sentença); isso seria incompatível com a natureza *dinâmica* da fase de instrução (na qual se exerce o direito à prova) e ofenderia a natureza publicística do processo, enquanto instrumento voltado para se alcançar a sentença mais justa possível (compreendida como aquela que alcance a melhor reconstrução dos fatos possível, para aplicação do direito material). A envergadura constitucional do direito à prova não implica a *maior* produção probatória possível, mas sim o *melhor* acerto fático possível, desde que atendidos os critérios de pertinência e relevância para a admissibilidade da prova. A maior expansão possível do direito à prova não pode ser compreendida em quantidade, mas sim em *qualidade* (em observância aos

critérios que norteiam o juízo de admissibilidade da prova, para sua produção e introjeção no processo).

#### 2.1.2.6. Heitor Vitor Mendonça Sica

Em obra sobre a *preclusão processual civil*, SICA realiza uma análise histórica do instituto, inclusive à luz do direito comparado, e compila o desenvolvimento das ideias sobre o tema nas doutrinas italiana (a partir de CHIOVENDA) e brasileira, para, então, tecer críticas sobre as definições que se estabeleceram sobre a preclusão. Nesse ponto, o autor indica, com precisão, que a doutrina trata sob uma mesma maneira duas acepções diversas de preclusão: uma voltada à atividade das partes (“*o fenômeno que impede que a parte pratique o ato depois do transcurso do tempo, depois de já tê-lo praticado, ou depois de ter praticado ato incompatível*”), que seriam as denominadas preclusões *temporal, lógica e consumativa*<sup>325</sup>, e outra dirigida à atividade do juiz (“*o fenômeno que torna uma questão imutável depois de decidida*”<sup>326</sup>).

A partir disso, o professor da Universidade de São Paulo analisa as posições jurídicas na relação processual e conclui que “*as posições jurídicas assumidas pelas partes são totalmente diferentes das posições jurídicas assumidas pelo juiz, de tal sorte que aqui está a gênese de todo o problema concernente à preclusão*”<sup>327</sup>.

Para alcançar tal conclusão, o autor discorre sobre as posições jurídicas processuais assumidas pelas partes, distinguindo-as em ativas (que “*põem o agente em uma posição de atuar na esfera jurídica alheia, com a prática de determinado ato*”) e passivas (que “*colocam o agente em uma situação de sujeição*”)<sup>328</sup>. Enquanto as posições passivas centram-se nos *deveres processuais*<sup>329</sup>, as posições ativas (que mais interessam ao estudo da preclusão) estariam fundamentalmente relacionadas à ideia de *ônus*, cujo “*núcleo básico*” é o “*imperativo de próprio interesse*”, voltado à obtenção de uma vantagem na tutela jurisdicional almejada pela parte. Assim, o inadimplemento do *ônus* pela parte

---

<sup>325</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 91.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>329</sup> *Ibidem*, pp. 103-105.

geraria uma situação de desvantagem a ela. Contudo, se essa desvantagem não fosse definitiva (ou seja, se a parte pudesse exercer um direito processual a qualquer tempo), não haveria, na verdade, desvantagem alguma, pois sua omissão poderia ser suprida a qualquer tempo. Para evitar tal situação, tem-se a *preclusão*, que torna *definitiva* a desvantagem decorrente do inadimplemento do ônus<sup>330</sup>.

Daí sustentar o autor que:

o adimplemento do ônus se dá *não só* porque a parte almeja a obtenção de vantagem, em atendimento a interesse próprio, *mas também* porque quer ela evitar a desvantagem decorrente da preclusão, isto é, a perda da possibilidade de praticar determinado ato processual. Assim, só existe ônus se houver preclusão<sup>331</sup>.

Definido o conceito de ônus, o professor paulista o contrapõe à *faculdade*, em relação à qual o exercício é de total arbítrio da parte, de modo que a omissão em praticá-la não acarreta à parte uma situação desvantajosa. Por isso, ao ônus associa-se uma preclusão; às faculdades, não<sup>332</sup>.

Nesse contexto, SICA estabelece que “*é de afastar a ideia de Chiovenda de que a preclusão atinge faculdades processuais, e de se acolher a de que a preclusão se identifica propriamente com a ideia de ônus*”<sup>333</sup>.

Por sua vez, a posição jurídica investida pelo juiz é uma só: o *poder-dever*. Isso porque “*o juiz sujeita as partes a seus poderes, e deve utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em observância dos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso ‘sub iudice’ e pacificando as partes em litígio*”<sup>334</sup>.

Definidas as posições jurídicas processuais, o autor chega a duas acepções de preclusão: uma *dirigida à atividade das partes* e outra *sobre questões incidentais*<sup>335</sup>.

Nas palavras de SICA:

<sup>330</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 100.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 279.

a preclusão dirigida às partes impede-as de realizar certos atos processuais (dentre os quais suscitar determinadas questões no momento oportuno), podendo ser *omissiva* (derivar da omissão da parte) ou *comissiva* (surgir em razão de ato da parte em momento antecedente); isto é, pode ser temporal ou lógica<sup>336</sup>.

Interessante notar que o autor adota a classificação de preclusão *temporal* (que decorre da superação de prazos ou mesmo de *fases* processuais) e *lógica* (compreendida como “*inadequação do ato processual quanto a seus pressupostos, pois o ato não será admitido se houver fato extintivo*”), mas afasta a ideia de *preclusão consumativa* para as partes, por considerá-la equivocada, na medida em que a prática de um ato não impede que, dentro do prazo legal, seja ele novamente praticado ou emendado<sup>337</sup>. Assim, ou o ato poderá ser emendado (desde que dentro do prazo legal), ou será praticado após o decurso do prazo (preclusão temporal), ou será praticado de maneira incoerente com o ato anterior (preclusão lógica)<sup>338</sup>.

Por outro lado, “*a preclusão que recai sobre as questões incidentais tem a finalidade de impedir que o juiz redecida questões já resolvidas, não afetando diretamente as partes*”<sup>339</sup>. Essa modalidade de preclusão (*sobre questões incidentais*) é considerada pelo autor como *atípica*, por se aplicar à generalidade dos casos – à exceção das hipóteses em que a lei exclui o seu efeito<sup>340</sup>, o que inclui as matérias de cunho processual (como, por exemplo, as condições da ação, os pressupostos processuais e, também, as questões relativas aos poderes instrutórios do juiz) uma vez que, “*por ser esse ramo de direito público e, dessarte, por nelas preponderar o interesse público, não se aplica esse efeito preclusivo*”<sup>341</sup>. Por isso é que o autor sustenta haver um grande número de matérias que não estão sujeitas à preclusão, em maior quantidade do que as hipóteses em que se aplica a regra geral de preclusão. Essa constatação é reflexo de duas circunstâncias: “*a esmagadora maioria das decisões proferidas no curso do processo versa matéria processual*”; e “*as*

<sup>336</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 266. O autor afirma, ainda, que “*a preclusão dos direitos das partes atende a um escopo publicista, à medida que determina a marcha do processo adiante, mas se funda na ideia de que as partes podem livremente dispor de seus direitos na órbita do processo. Vale dizer, a preclusão tem fundamento publicista, mas se assenta sobre o princípio dispositivo, que é consagração do aspecto privatista que continua a inspirar as posições jurídicas ocupadas pelas partes no processo*” (*ibidem*, p. 288)

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>338</sup> Sobre a inexistência de *preclusão consumativa* na visão de SICA, v. *Ibidem*, pp. 120-127, 133-136 e 151-154.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>340</sup> *Ibidem*, pp. 228-229.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 338.

*normas processuais são, salvo raríssimas exceções, normas cogentes, em que impera o interesse público*<sup>342</sup>.

Daí decorre que, na *preclusão sobre questões incidentais*, o juiz não está sujeito à preclusão consumativa (e, poder-se-ia dizer, tampouco lógica):

nos casos em que se permite a revisão de questões incidentais pelo juiz, não se cogita que o juiz possa ter exaurido seus poderes(-deveres) ao decidir pela primeira vez a questão, pois esse exaurimento só poderia se operar no momento em que a questão recebesse a correta decisão. Enquanto isso não ocorre, o juiz (como ser humano, falível por natureza, que é) pode voltar atrás no que tiver decidido<sup>343</sup>.

Nesse contexto, em relação aos poderes instrutórios do juiz, sustenta o autor que a preclusão é “*bastante atenuada*”, permitindo que o juiz reconsidere tanto a decisão que havia indeferido pedido de produção de prova, quanto a que havia deferido. A justificativa para essa livre possibilidade de reconsideração é a “*natureza dinâmica que a fase instrutória – diferentemente das demais fases do processo – ostenta*”<sup>344</sup>.

Especificamente sobre a possibilidade de inadmitir um meio de prova anteriormente admitido, o autor sustenta sua posição sob o argumento de que “*a inutilidade de uma determinada prova pode ser superveniente a seu deferimento quando, por outro meio, o juiz já tenha se convencido do fato incontroverso probando*”<sup>345</sup>. Apesar de se concordar com a posição sustentada pelo autor nesse ponto, discorda-se do referido argumento: a posterior *inadmissibilidade* de um meio de prova não pode ser justificada por um critério subjetivo (o “convencimento” do juiz sobre um fato), mas sim objetivo (*pertinência e relevância* da prova). O “convencimento” do juiz é objeto do momento de *valoração* da prova, que não se confunde com o momento de *admissão* da prova – que, por sua vez, pode ser objeto de reconsideração pelo magistrado. Antecipar a valoração da prova para o juízo de admissibilidade, além de trazer um critério subjetivo para a fase instrutória, pode implicar um pré-julgamento pelo magistrado, na medida em que ele antecipará suas conclusões sobre o mérito (e em uma questão atinente à produção de prova). Assim, o mais

<sup>342</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 252.

<sup>343</sup> Conclui o autor que “*somente depois de ter dado à questão (de ordem processual) uma decisão conforme o direito objetivo é que se considerará cumprido seu ofício jurisdicional (ou quando sobrevier decisão definitiva, coberta pela coisa julgada, de modo a sepultar, nos limites impostos pela lei, todas as questões deduzidas e dedutíveis, operando-se a sanatória geral de nulidades)*” (*ibidem*, p. 318).

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 242, nota de rodapé nº 193.

adequado é se falar em perda da *relevância* e *pertinência* da prova com o desenrolar da instrução – o que, então, pode embasar uma decisão de reconsideração sobre a (in)admissão da prova.

Vale destacar, por fim, que, para o autor,

o regime de preclusões para as partes é muito mais rígido do que para o juiz, justamente porque o interesse que inspira o exercício das posições jurídicas das primeiras é (*ao menos imediatamente*) privado, e do segundo, *exclusivamente* público<sup>346</sup>.

## 2.2. O desenvolvimento do instituto na doutrina processual penal

Como visto acima, a *preclusão* foi inicialmente estudada no campo do processo civil, que até hoje se debruça sobre o tema. No âmbito do processo penal, a análise desse instituto não só é menor como, também, veio a reboque das lições traçadas pela doutrina processual civil.

### 2.2.1. Doutrina italiana

Os primeiros trabalhos que trataram da incidência da preclusão no processo penal foram feitos pela doutrina italiana, com base nos estudos desenvolvidos pelos processualistas civis. Nesse item, serão elencados os principais trabalhos que foram identificados na pesquisa, antigos e recentes<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 337. É interessante a correlação que o professor paulista faz entre a visão publicista do processo e a diminuição das hipóteses de preclusão sobre questões incidentais para o juiz: “*as propostas de reinterpretação de conceitos, plasmadas na diminuição das preclusões dirigidas à atividade do juiz, podem ser sintetizadas em uma única ideia, defendida por nós no decorrer do texto: a esmagadora maioria das decisões interlocutórias versa matéria processual, cuja aplicação correta não pode ficar livre à disposição das partes, de tal sorte que o juiz poderia se retratar mesmo se a parte interessada não interpusse recurso de agravo. Enfim, a aceitação da concepção de processo como um instituto de direito público acaba, nesses termos, implicando um golpe de morte contra a preclusão de questões incidentais*” (*ibidem*, p. 327).

<sup>347</sup> Os trabalhos mais recentes da doutrina processual penal italiana apresentam forte tendência de análise da jurisprudência sobre o tema. Dentre eles, podem ser citados: ORLANDI, Renzo. *Principio di preclusione...* cit., pp. 1-10, 2011; e os artigos que compõem a coletânea de MARAFIOTI, Luca; DEL COCO, Rosita (*a cura di*). *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. Não obstante a qualidade desses trabalhos, eles não serão expostos no item por não conterem nenhum aspecto de destaque ou de inovação no tratamento do tema, em comparação às demais obras e autores elencados.

### 2.2.1.1. Remo Pannain

Em obra publicada no início da década de 1930, PANNAIN tratou das sanções dos atos processuais penais, especificamente à luz dos institutos da nulidade, preclusão, decadência e inadmissibilidade<sup>348</sup>.

O estudo inicia-se com uma análise profunda das noções de ato processual e ato/fato/negócio jurídico (valendo-se, inclusive, de conhecimentos oriundos do direito civil e processual civil<sup>349</sup>), para, então, adentrar na exposição de cada uma das consideradas “sanções processuais”.

Ao tratar especificamente da preclusão, sobretudo com apoio nas obras de MANZINI e MASSARA (mas também de outros processualistas da época)<sup>350</sup>, o autor a define como “*o impedimento ao exercício de uma atividade processual, constituído por uma atividade positiva ou negativa, com a qual é incompatível o exercício da referida atividade*”<sup>351</sup>. E, como se pode depreender pelo próprio título da obra, PANNAIN considera que a preclusão tem caráter *sancionatório*, isto é, que constitui uma sanção processual<sup>352</sup> – com o que, ressalte-se, a maior parte da doutrina não concorda<sup>353</sup>.

No que diz respeito à prova, sustenta o autor italiano que a preclusão não incide, por existir um “interesse superior”, “*já que aqui domina absoluto e insuperável o critério do accertamento da verdade real e do livre convencimento do juiz*”<sup>354</sup>. Na sequência, faz remissão aos ensinamentos de MANZINI, para quem o efeito da preclusão probatória é praticamente eliminado ou atenuado em razão da iniciativa instrutória do juiz<sup>355</sup>.

---

<sup>348</sup> PANNAIN, Remo. *Le sanzioni degli atti processuali penali: nullità, preclusioni, decadenze, inammissibilità*. Parte I – dottrina. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>350</sup> *Ibidem*, pp. 458-464 e 470-476.

<sup>351</sup> Tradução livre do excerto: “*la preclusione è l’impedimento a l’esercizio di un’attività processuale, costituito da un’attività positiva o negativa, colla quale è incompatibile l’esercizio predetto*” (*Ibidem*, p. 470).

<sup>352</sup> *Ibidem*, pp. 470 e 493.

<sup>353</sup> Entre outros, v.: BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...cit.*, pp. 126/127 e 132; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão... cit.*, pp. 101 e 178-179; CONTI, Carlotta. *La preclusione... cit.*, p. 65.

<sup>354</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *giacchè qui domina assoluto e insuperabile il criterio de l’accertamento de la verità reale e del libero convincimento del giudice*” (PANNAIN, Remo. *Le sanzioni... cit.*, p. 475).

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 476.

Talvez por ter focado o estudo no âmbito dos atos e das sanções processuais (e não propriamente na preclusão), as considerações de PANNAIN não contribuíram para o desenvolvimento do tema ora analisado, limitando-se a compilar as definições traçadas por outros autores e compará-las com outros institutos (como a decadência e a prescrição).

### 2.2.1.2. Stefano Riccio

No início da década de 1950, RICCIO publicou a primeira obra que se tem notícia – pela pesquisa realizada nessa dissertação – voltada especificamente ao estudo da preclusão no âmbito do processo penal<sup>356</sup>.

Inspirado nas ideias de CHIOVENDA, o autor afirma que ao conceito de preclusão são ínsitas as ideias de *perda e privação* de uma faculdade<sup>357</sup>, de modo que “*é preclusa a faculdade que não pode ser posteriormente exercitada, porque perdida, e a atividade que não pode desenvolver-se por um obstáculo jurídico*”<sup>358</sup>.

Assim, RICCIO define a preclusão como:

um fato processual impeditivo, que importa a perda ou a privação de uma faculdade ou de um direito ou pelo não exercício ou pela existência de um obstáculo jurídico. Em um caso, é perda, no outro, é privação; enquanto, no primeiro, a faculdade ou o direito é posto pela norma e, assim, existem normativamente, mas o seu exercício é impedido; no segundo caso, ao invés, o obstáculo é normativamente regulado, isto é, a lei estabelece o impedimento<sup>359</sup>.

Especificamente, além de um fato jurídico *impeditivo*, trata-se de um *fato jurídico processual secundário*: i) é um *fato*, pois, ainda que seja consequência de um ato, prescinde da sua causa, isto é, da sua proveniência e da sua ligação com a vontade; ii) é *jurídico*, enquanto regulado pelo direito e produtor de efeitos processuais, ainda que

<sup>356</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>358</sup> Tradução do excerto: “*per noi è preclusa e la facoltà, che non può essere ulteriormente esercitata, perchè perduta e l’attività che non può svolgersi per un ostacolo giuridico*” (*ibidem*, p. 11).

<sup>359</sup> Tradução livre do excerto: “*la preclusione è un fatto processuale impeditivo ed importa la perdita o la privazione di una facoltà o di un diritto o per il non esercizio oppure per l’esistenza di un ostacolo giuridico. Nell’un caso è perdita, nell’altro è privazione; in quanto nel primo la facoltà o il diritto è posto dalla norma e, quindi, normativamente esiste, mentre ne è impedito l’esercizio; nel secondo caso, invece, è normativamente regolato l’ostacolo, cioè, la legge stabilisce l’impedimento*” (*ibidem*, p. 12).

verificado fora do processo; *iii*) é *secundário*, isto é, extintivo ou impeditivo apenas de uma simples faculdade ou de um simples direito<sup>360</sup>.

Nessa ordem de ideias, o professor italiano classifica a preclusão (a depender de sua essência ou de sua finalidade processual) em *temporal*, *ordinatória*, *lógica* e *consumativa*<sup>361</sup>. A preclusão *temporal* nasce do não exercício de uma faculdade, à qual era estabelecido um momento processual para o seu exercício. Já a preclusão *ordinatória* é oriunda do irregular exercício de uma faculdade processual, tendo em vista que ela deve ser exercida de um determinado modo e segundo determinadas formas (sendo, nesse aspecto, expressão típica do princípio da autorresponsabilidade da parte, que configura exigência para o desenvolvimento ordenado e célere do processo). Por sua vez, a preclusão *lógica* advém da impossibilidade de conciliar uma atividade ou faculdade com outra já exercitada. Por fim, a preclusão *consumativa* nasce em razão de já se haver, antes, validamente exercitado a faculdade com o alcance do escopo, ocorrendo, assim, a consumação do próprio interesse<sup>362</sup>.

Em relação às atividades do juiz, RICCIO sustenta que não há propriamente preclusão (“*non può aversi vera e propria preclusione*”), mas sim *preclusão “pro iudicato”*<sup>363</sup>, que incide apenas nas decisões que possuem conteúdo exclusivamente processual, isto é, relativas às condições necessárias a que se possa constituir a obrigação do juiz a decidir sobre a ação, ou relativas à possibilidade de proposição de determinadas demandas, ou relativas a circunstâncias que possam obstar o surgimento da relação processual<sup>364</sup>. Como visto acima<sup>365</sup>, foi RICCIO quem alargou o significado da expressão *preclusão pro iudicato*, tal como originalmente formulada por REDENTI, de modo que, a partir desse momento, difundiu-se (inclusive na doutrina brasileira) a ideia de que todas as preclusões relacionadas aos poderes do juiz poderiam ser aglutinadas sob a referida expressão.

Para o professor italiano, a preclusão incide sobre a atividade probatória das partes, mas pode ser superada pelo juiz no exercício de seus poderes instrutórios. Isso porque “o

<sup>360</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione*, pp. 16-17.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>365</sup> Itens 1.1.1.3 e 1.1.2.5.

juiz tem o poder e o dever de se convencer livremente e, assim, de pesquisar o conhecimento do fato que melhor corresponda à realidade<sup>366</sup>, de modo que não está obrigado a embasar sua decisão exclusivamente nas provas produzidas pelas partes e, principalmente, pode (inclusive em grau de apelação) determinar *ex officio* a produção de provas<sup>367</sup>. Assim, pelos princípios do “acertamento da verdade real” e do “livre convencimento”, o juiz pode se *sobrepôr* ou se *substituir* à iniciativa das partes na produção de provas<sup>368</sup> – o que, segundo o autor, se verificava no direito processual penal italiano então vigente<sup>369</sup>.

Por fim, vale destacar que o autor, partindo do pressuposto de que o processo tem natureza de relação jurídica, entende que somente nessa visão de processo é que tem lugar a preclusão. Isso porque essa concepção confirma a necessidade de se estabelecer uma ordem lógico-processual (que seria o fundamento da preclusão), de maneira que somente assim as atividades processuais das partes encontram sistematização e coordenação em um enquadramento lógico e temporal<sup>370</sup>.

### 2.2.1.3. Giuseppe Guarneri

Em uma das edições do *Digesto Italiano*, GUARNERI discorre sobre o instituto da preclusão especificamente no campo do processo penal<sup>371</sup>.

O professor da Universidade de Parma destaca, inicialmente, que, para se entender o significado do instituto da preclusão, é necessário enquadrá-lo no âmbito do processo, compreendido como um conjunto ordenado de atividades processuais, concatenadas por uma ordem pré-estabelecida em lei. Essa ordem dos atos processuais é necessária para evitar uma incidência indiscriminada do princípio da liberdade, que permitiria às partes desenvolver suas atividades em qualquer momento do processo<sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit., p. 66.

<sup>367</sup> *Ibidem*, pp. 66-67.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>369</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>370</sup> *Ibidem*, pp. 37-42.

<sup>371</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale). In AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, pp. 570-576.

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 570-571.

Posto isso, o autor afirma que a melhor solução para a marcha processual deve considerar duas exigências contrastantes: de um lado, o “*interesse na obtenção da verdade*”, o que acarreta acolher, em qualquer momento, todos os pedidos probatórios, na medida em que poderiam levar ao juiz elementos úteis ao “*acertamento da verdade*”; e, de outro lado, o “*interesse na rapidez, na boa-fé e na economia processual*”, que implica a previsão de uma ordem e de uma coordenação entre os atos processuais<sup>373</sup>. No balanceamento desses interesses, surge a preclusão: “*o fato é que o Estado precisa de justiça, mas é também inderrogável a necessidade que o processo penal se desenvolva o mais rapidamente e o mais ordenadamente possível*”, o que leva à “*a adoção, em maior ou menor medida, do princípio preclusivo*”<sup>374</sup>.

Na sequência, o autor pontua que a medida da preclusão pode variar a depender do regime político adotado pelo Estado (que é mais rigorosa nos regimes totalitário, e menos nos países que se pautam pelo princípio de liberdade) e, também, da fase processual (pois, via de regra, a preclusão se faz sentir menos na fase instrutória e em primeira instância, sendo mais intensa em segundo grau de jurisdição)<sup>375</sup>.

Feitas essas considerações, o professor italiano resume as ideias de CHIOVENDA, D’ONOFRIO e ANDRIOLI para, então, chegar a uma definição do conceito de preclusão:

é possível dizer, em conclusão, que o conteúdo da preclusão é essencialmente negativo e consiste em que, quando a parte tem a faculdade de praticar uma determinada faculdade processual, mas o seu exercício é condicionado à ordem temporal ou lógica do processo, de modo que é impedida a atividade praticada fora do momento processual estabelecido ou em violação do regulamento lógico (porque a faculdade nunca surgiu ou foi perdida), há preclusão<sup>376</sup>.

<sup>373</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale)... cit., p. 571.

<sup>374</sup> Tradução livre do excerto: “*Il fatto é che lo Stato ha bisogno di giustizia, ma è anche inderogabile necessità che il processo penale si svolga il più rapidamente e il più ordinatamente possibile, onde l’adozione, in maggiore o minore misura, del principio preclusivo*” (ibidem, p. 571).

<sup>375</sup> Ibidem, p. 571.

<sup>376</sup> Tradução livre do excerto: “*Si può dire in conclusione che il contenuto della preclusione è essenzialmente negativo e consiste in ciò che, quando la parte ha la facoltà di compiere una determinata facoltà processuale, ma l’esercizio di essa è condizionato all’ordine temporale o logico del processo, in modo che è impedita l’attività compiuta fuori del momento processuale stabilito o in violazione del regolamento logico (perchè non mai sorta o perduta la relativa facoltà) si ha preclusione*” (ibidem, pp. 571-572).

Compreendida a preclusão como *fato processual impeditivo* (na medida em que acarreta a privação ou perda de uma faculdade, em razão do decurso de um prazo peremptório ou de um obstáculo jurídico)<sup>377</sup>, o autor adota a classificação de ANDRIOLI, para diferenciar a preclusão em *temporal, ordinatória, lógica e consumativa*<sup>378</sup>; e, na sequência, procede a um exame analítico da incidência da preclusão no ordenamento processual penal italiano então vigente<sup>379</sup>.

Até aqui, não obstante o autor tenha feito uma didática explicação da finalidade e do conteúdo do conceito, não se diferenciou muito do que a doutrina até então desenvolveu sobre o instituto. Na verdade, a grande contribuição de GUARNERI foi a correlação que ele fez entre a preclusão e a teoria da *situação jurídica* – algo que, até então, nenhum processualista parece ter feito, inclusive porque a doutrina se inclinava pelo entendimento de que a preclusão só caberia na concepção do processo como *relação jurídica*<sup>380</sup>.

Nesse ponto, o professor italiano expõe, inicialmente, as principais ideias da teoria da relação jurídica, com apoio nos estudos de RICCIO, para quem a preclusão somente poderia encontrar sistematização adequada ao se compreender o processo como relação jurídica processual. Nesse panorama, considera-se o processo como uma série de atos concatenados e regulados pela lei, imersos em uma relação de bilateralidade, na medida em que as interações intersubjetivas estariam pautadas pela conexão entre um poder e um dever. A relação jurídica, assim, é composta pela ligação entre direito subjetivo (poder) e obrigação jurídica (dever); e o conjunto das relações jurídicas caracteriza o procedimento, enquanto série de comportamentos consecutivos ligados em uma sucessão lógica e legalmente estabelecida, que atinge não um efeito único, mas sim um efeito final, por meio da cadeia causal de efeitos de cada um dos atos processuais. Assim, apenas nesse contexto de relação processual a preclusão encontraria fundamento, como medida necessária para tutelar os direitos dos sujeitos processuais<sup>381</sup>.

GUARNERI, contudo, discorda dessa posição, por entender que a teoria da relação processual “*parece muito restrita e, mesmo assim, inadequada para compreender a*

---

<sup>377</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale)... cit., p. 571.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 574.

<sup>379</sup> *Ibidem*, pp. 574-576.

<sup>380</sup> Nesse sentido: RICCIO, Stefano. *La preclusione*... cit., pp. 37-42.

<sup>381</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione*... cit., p. 572.

*múltipla fenomenologia processual, com particular referência ao instituto da preclusão*<sup>382</sup>.

Para justificar esse ponto de vista o autor se apoia nas lições de GOLDSCHMIDT, explicando que, pela perspectiva da *situação jurídica*, os direitos processuais são constituídos por expectativas de vantagens processuais, atingidas por meio da prática de determinados atos processuais. Nesse contexto, o binômio direito/obrigação jurídica corresponderia, no campo processual, ao binômio expectativa/ônus, que estariam ligados não em uma relação jurídica particular, mas sim em um conceito mais amplo de relação colocada pelo direito entre uma pessoa e a futura sentença. Assim, o processo é compreendido como um complexo de ônus e expectativas processuais, que formam uma situação jurídica, na qual a maior expectativa é dirigida à obtenção de uma sentença favorável<sup>383</sup>.

Dentro da *situação jurídica*, mostra-se de particular relevância o conceito de *ônus processual*, que engloba todas as situações em que a parte deve praticar um determinado ato processual com o objetivo de evitar uma desvantagem processual (que, em última análise, se resume a uma sentença desfavorável). O *ônus* surge no interesse exclusivo da parte, sem qualquer correspondência com um direito do adversário; assim, o ônus processual guarda estreita relação com a possibilidade processual da parte agravada pelo ônus, na medida em que a sua prática (isto é, o ato de desincumbir-se do ônus) pode leva-la a uma situação de vantagem (que, em última análise, consubstancia-se em uma sentença favorável)<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *la dottrina del rapporto processuale appare troppo ristretta e, comunque, inadeguata a comprendere la molteplice fenomenologia processuale, con particolare riferimento all’istituto della preclusione e di altri istituti analoghi*” (idem, *ibidem*, p. 572). Vale ressaltar que o mesmo autor, em trabalho específico sobre a teoria geral do processo penal, afirma que “*foi um erro estender ao processo o conceito de relação jurídica, cujas possibilidades eram rigorosamente condicionadas ao clima privatístico, no qual nasceu e se desenvolveu*” – tradução livre do excerto: “[...] *fu un errore l’estendere al processo il concetto di rapporto giuridico, le cui possibilità erano rigorosamente condizionate al clima privatistico, nel quale nacque e se sviluppò*” (GUARNERI, Giuseppe. *Sulla teoria generale del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 5).

<sup>383</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale)... cit., p. 573.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 573.

Posto isso, GUARNERI conclui que a preclusão pode ser melhor compreendida à luz da teoria da situação jurídica, pois a preclusão se resumiria ao não exercício de um ônus pela parte interessada<sup>385</sup>. Nas palavras do professor italiano, a preclusão:

dependeria sempre da inobservância de um ônus consistente no respeito a um prazo peremptório, ou à ordem estabelecida em lei para o exercício das faculdades processuais, ou à necessidade que o sujeito não tenha já praticado o ato de cujo exercício se trata<sup>386</sup>.

A análise da preclusão sob a perspectiva de ônus representa uma grande contribuição para o estudo do tema, sobretudo diante do recorte realizado no presente trabalho pelo prisma do direito à prova.

#### 2.2.1.4. Carlotta Conti

Em recente obra sobre a incidência da preclusão no processo penal, CONTI parte da premissa de que a preclusão não é um princípio, mas sim um *efeito* de uma causa, uma consequência que deriva da aplicação de outros princípios processuais<sup>387</sup>.

A autora inicia seu trabalho com uma digressão histórica do tratamento da preclusão pela doutrina processual, desde BÜLOW (em cujas lições estão as raízes do conceito de preclusão)<sup>388</sup>, passando por GOLDSCHMIDT (para quem a preclusão surge como consequência negativa do inadimplemento de um ônus processual)<sup>389</sup>, até chegar em CHIOVENDA<sup>390</sup> e nos processualistas adeptos da corrente “negacionista” da preclusão<sup>391</sup>.

CONTI traça um interessante pano de fundo sobre a relação do instituto com o processo, sustentando que o *quantum* de preclusão acaba por se tornar o teste decisivo para

---

<sup>385</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale)... cit., p. 574.

<sup>386</sup> Tradução livre do excerto: “*Essa dipenderebbe sempre dall’inoservanza di un onere consistente nel rispetto di un termine perentorio, oppure dell’ordine stabilito dalla legge per l’esercizio delle facoltà processuali, oppure dalla necessità che il soggetto non abbia già compiuto l’atto del cui esercizio trattasi*” (*ibidem*, p. 573).

<sup>387</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione*... cit., pp. 02-03.

<sup>388</sup> *Ibidem*, pp. 03-07.

<sup>389</sup> *Ibidem*, pp. 07-12. É interessante a observação da autora no sentido de que, sob o pensamento de BÜLOW e GOLDSCHMIDT, a preclusão se coloca na intersecção entre o princípio dispositivo e a função pública do rito civil (*ibidem*, p. 10).

<sup>390</sup> *Ibidem*, pp. 12-20.

<sup>391</sup> *Ibidem*, pp. 20-25.

a escolha de fundo efetuada pelo ordenamento no balanceamento entre os interesses que estão na base da política criminal subjacente ao rito penal<sup>392</sup>.

Assim, pontua que, no sistema inquisitório, geralmente os atos das partes não estão sujeitos à preclusão, uma vez informados pelos princípios de autoridade, acúmulo de poder e busca “oficiosa” da verdade, de maneira que, quando muito, haveria preclusão para as atividades da defesa<sup>393</sup>. Por sua vez, no sistema acusatório, em que a iniciativa e a determinação das partes constituem o centro motor do desenvolvimento processual, pode-se falar de um mecanismo preclusivo destinado a regular o exercício dos poderes, baseado em um princípio de autorresponsabilidade, que vincula o interessado às suas próprias escolhas<sup>394</sup>.

Em relação à iniciativa probatória, afirma a autora que em todo sistema processual a preclusão costuma ser atenuada, a fim de que os dados indispensáveis para a verificação dos fundamentos da imputação possam ser introduzidos prescindindo-se da conduta das partes. Assim, a relação entre preclusão e prova reclama uma atenta calibragem que tenha em conta o fim cognoscitivo subjacente ao processo penal<sup>395</sup>.

Com base nessas premissas, e tomando a preclusão como uma “*chave hermenêutica do sistema à luz do quadro constitucional*”<sup>396</sup>, CONTI define a preclusão como a “*impossibilidade de praticar um ato em razão da ausência de seus necessários pressupostos*”. Desse modo, o instituto compreende os atos que não podem fazer parte da sequência procedimental porque o seu titular perdeu o poder de praticá-lo em razão de extinção, consumação ou anterior desenvolvimento de uma atividade incompatível<sup>397</sup>.

Entre outros exemplos, sustenta a autora que essa noção pode se referir àqueles atos que não podem ser praticados porque o respectivo poder não é reconhecido pelo ordenamento, em razão da ausência de seus pressupostos necessários, ou pela existência de um obstáculo devido a um anterior evento endoprocedimental (p.ex., limites ao poder de admissão da prova *ex officio* em face da inércia da parte) ou extraprocedimental (p.ex.,

---

<sup>392</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 27.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 60.

limites aos poderes de ação e de jurisdição pela existência de outros procedimentos encerrados em relação ao mesmo fato)<sup>398</sup>.

Em seguida, à luz do sistema processual italiano, a autora analisa diversas situações em que se discute a incidência da preclusão, valendo-se, sobretudo, de farta jurisprudência a respeito, por considerar que, enquanto na preclusão da “velha maneira” era exclusivamente o legislador a estabelecer e a dosar o papel das partes e do dentro do processo, na preclusão “contemporânea” tais equilíbrios são delineados pela jurisprudência e tornam-se o espelho das estruturas alteradas no plano do direito<sup>399</sup>.

Nesse contexto, a autora – favorável à iniciativa instrutória do juiz, desde que calibrada com os poderes das partes<sup>400</sup> – analisa alguns precedentes que envolvem a discussão de preclusão probatória. Dentre eles, destaca-se um julgado da Corte de Cassação, pelo qual se decidiu que “*a decadência das partes em relação ao exercício do direito à prova resulta desvinculada do poder supletivo do juiz, e não comporta qualquer efeito preclusivo sobre ele*”<sup>401</sup>. A interpretação que a Corte conferiu ao art. 507 do Código de Processo Penal italiano (que, segundo a autora, “*delineia um formidável equilíbrio entre direito à prova, onus probandi e poder do juiz*”<sup>402</sup>) foi no sentido de que o juiz pode dispor

<sup>398</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., pp. 60-61.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>400</sup> A autora justifica a sua posição com os seguintes argumentos: “*a exaltação do poder dispositivo das partes não é um fim em si mesmo, bem um mero postulado de rito, mas sim resulta aceitável se e na medida em que se mostre funcional ao escopo cognoscitivo do processo penal. A iniciativa dos antagonistas – como também o consenso, que é uma forma de manifestação de tal iniciativa – pode, portanto, ser explicada no âmbito da prova penal somente onde seja portadora de um valor de accertamento. Onde o poder dispositivo se desprender dessa última função e determinar um desvio do processo em relação ao próprio escopo, é necessário – não apenas possível – prever corretivos idôneos a reconduzir o rito ao interno do binário cognitivo, o único percorível. É exatamente no rol de corretivos que devem ser reconduzidas as iniciativas oficiais do juiz em matéria probatória*” – tradução livre do excerto: “*l’esaltazione del potere dispositivo delle parti non è un fine in sé, né un mero postulato del rito, bensì risulta accettabile se e nella misura in cui appaia funzionale allo scopo conoscitivo del processo penale. L’iniziativa degli antagonisti – come pure il consenso, che di tale iniziativa è una forma di manifestazione – può dunque esplicarsi nell’ambito della prova penale solo ove appaia portatrice di una valenza accertativa. Laddove il potere dispositivo si discosti da quest’ultima funzione e determini una deviazione del processo rispetto al proprio scopo, è necessario – non solo possibile – prevedere dei correttivi idonei a riportare il rito all’interno del binario cognitivo, l’unico percorribile. È proprio nel novero dei correttivi che debbono essere ricondotte le iniziative officiose del giudice in materia probatoria*” (*ibidem*, p. 158).

<sup>401</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *la decadenza delle parti dall’esercizio del diritto alla prova risulta svincolata dal potere suppletivo del giudice e non comporta alcun effetto preclusivo sullo stesso*” (*ibidem*, p. 163).

<sup>402</sup> Tradução livre do excerto: “*delinea un formidabile equilibrio tra diritto alla prova, onus probandi e poteri officiosi del giudice*” (*ibidem*, p. 160).

*ex officio* a admissão de uma prova, prescindindo de um anterior comportamento das partes (mesmo que tenham permanecido completamente inertes)<sup>403</sup>.

### 2.2.2. Doutrina brasileira

No cenário brasileiro, foram localizadas, pela pesquisa realizada para o presente trabalho, duas obras<sup>404</sup> e dois ensaios<sup>405</sup> específicos sobre o tema da preclusão no processo penal; um artigo<sup>406</sup> que, versando sobre *princípios informativos do Código de Processo Penal*, parece ter sido o pioneiro na análise da preclusão no âmbito do processo penal; e uma obra<sup>407</sup> que, tratando sobre a *inatividade no processo penal*, dedicou um item para a análise da preclusão. Esses trabalhos serão analisados individualmente, bem como as lições de FREDERICO MARQUES, que, apesar de ter tratado da preclusão em seu manual de processo penal (e não em uma obra específica), é útil para a presente pesquisa porque possibilita a comparação com o entendimento esposado pelo mesmo autor em seu manual de processo civil.

Há, também, mais dois trabalhos que abordam a incidência da preclusão no processo penal, mas em outros contextos – a saber, na preclusão para o juiz na análise de questões processuais no julgamento do denominado caso “Mensalão”<sup>408</sup>; e na “*preclusão pro judicato*” na decisão de prisão preventiva<sup>409</sup>. Esses trabalhos não serão analisados nesse item em razão de não terem se debruçado com maior profundidade no instituto da preclusão (e em sua incidência no processo penal), já que trataram de outros assuntos, que abordam a preclusão, mas não a têm como tema principal.

<sup>403</sup> CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 164.

<sup>404</sup> OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão na dinâmica do processo penal*. Dissertação apresentada em concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1955; e VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão para o juiz no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>405</sup> PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. Da preclusão no direito processual penal. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, v. 7, nº 28, pp. 49-66, abr./jun., 1982; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão *pro judicato*... cit., pp. 458-459

<sup>406</sup> ABREU, Florêncio. Princípios informativos do Código de Processo Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XL, vol. XCVI, fascículo 484, pp. 5-11, out., 1943.

<sup>407</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

<sup>408</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, v. 933, pp. 131-150, jul., 2013.

<sup>409</sup> PRADO, Geraldo. A prisão preventiva e a preclusão *pro judicato* no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo et al. (org.). *Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 285-305.

### 2.2.2.1. Florêncio de Abreu

O texto de ABREU foi publicado em 1943, dois anos depois da promulgação do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.3689/41), do qual ele compôs a comissão elaboradora. Esse contexto explica a tônica do artigo, que, diante do então novo diploma legislativo, visa “*compreender o alcance teleológico dos textos, harmonizando-os dentro de sua sistemática, esclarecendo-os tendo em vista os seus princípios informativos fundamentais*”<sup>410</sup>.

Após tratar das nulidades, o autor dedica um item para a preclusão, já nas primeiras linhas definida por ele como um “*fenômeno processual*” consistente em “*limitação legal oposta à livre disponibilidade de conteúdo formal do processo, por parte dos sujeitos dêste*”, também conhecida por *decadência* na hipótese de prazos peremptórios<sup>411</sup>. Na sequência, com base em CHIOVENDA, resume o elemento essencial da preclusão como “*a perda, a extinção, a decadência de uma faculdade processual, pelo único fato de se haver atingido os limites prescritos em lei para o seu exercício*”<sup>412</sup>.

Em seguida, discorre sobre a correlação entre a nulidade e a preclusão, elencando algumas diferenças entre elas, a saber: a nulidade é, em regra, objetiva (na medida em que diz respeito ao conteúdo ou forma do ato), ao passo que a preclusão é subjetiva (pois deriva de um comportamento do sujeito investido da faculdade processual); a nulidade se refere ao passado (a um ato processual já realizado), enquanto que a preclusão se refere ao futuro (a um ato a realizar-se); o ato nulo é sanável, sendo que o ato precluso é irrenovável<sup>413</sup>.

Por fim, afirma que, em matéria de prova, as preclusões “*são excluídas do processo penal, precisamente em homenagem ao critério da verificação da verdade real e ao princípio do livre convencimento do juiz*” – apoiando-se, para tanto, nas lições de MANZINI e no trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal em que se

---

<sup>410</sup> ABREU, Florêncio. Princípios informativos... cit., p. 6.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>413</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

prevê que o juiz “não estará sujeito a preclusões” para “as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”<sup>414</sup>.

#### 2.2.2.2. João Martins de Oliveira

A primeira obra específica sobre o assunto em doutrina nacional foi a tese apresentada por OLIVEIRA em concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, no ano de 1955<sup>415</sup>.

Após fazer um detalhado resumo das definições de preclusão elaboradas pelos principais processualistas nacionais e italianos, o professor mineiro consigna que “o instituto deve ser compreendido como norma de atividade processual”<sup>416</sup>, cuja finalidade é “considerar encerrada uma atividade e permitir outra subsequente, condicionada à anterior”<sup>417</sup>.

Com base nessas premissas, o autor define a preclusão como “a proibição de atividade processual que não se exercitou oportunamente ou se tornou incompatível com a situação oriunda de outra anterior exercida validamente, ou omitida”<sup>418</sup>. Nesse sentido, considera que “a preclusividade é norma de ‘ordem’ para o processo”, na medida em que “a disponibilidade do ato desaparece para o sujeito da relação processual, desde que não o praticou no momento em que serviria de elo à cadeia das sucessões dos atos, ou se realizou anteriormente atividade incompatível, ou da mesma finalidade”<sup>419</sup>. Outrossim, a preclusão incide não apenas sobre as atividades das partes, mas também sobre a atividade do juiz, “impondo a ele o dever de não mais reviver questões decididas”<sup>420</sup>.

Nessa ordem de ideias, sustenta que a preclusão não pode ser vista como “obstáculo ou fato impeditivo”, mas sim como “questão decidida ou resolvida no sentido de permitir a continuidade do processo”. A preclusão, assim, é “renovadora de impulsos do processo,

<sup>414</sup> ABREU, Florêncio. Princípios informativos, p. 10.

<sup>415</sup> OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão...* cit.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>417</sup> *Ibidem*, pp. 55-56.

<sup>418</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 53.

agindo no sentido de fazê-lo alcançar o seu objeto”<sup>421</sup>, sendo informada pelo princípio da economia processual<sup>422</sup>.

Ademais, ressalta que a preclusão tem nítido caráter sancionatório, porquanto a preclusão ocasiona a perda de uma faculdade ou de um direito no processo<sup>423</sup>.

OLIVEIRA elenca algumas modalidades de preclusão, sob diversos critérios.

Assim, levando em conta a *previsão das leis*, a preclusão poderia ser *expressa* (por exemplo, o art. 571 do CPP, ao determinar a perda do direito de alegar nulidades fora dos momentos ali fixados) ou *tácita* (que surgiria com a necessidade de obediência ao princípio de coordenação dos elementos lógicos dos autos de instrução)<sup>424</sup>.

Por sua vez, quanto à *forma*, a preclusão poderia ser classificada em *obstativa de novos atos processuais* ou *obstativa de renovação de atos* (sem explicar, contudo, no que consistiria cada uma dessas hipóteses)<sup>425</sup>.

Tomando-se como critério a *causa*, poderia resultar: *i*) de inoportunidade do ato; *ii*) de incompatibilidade resultante de anterior atividade; *c*) da consunção do interesse ou do dever jurisdicional<sup>426</sup>.

Em relação às *fases do processo*, a preclusão poderia ocorrer: *i*) perante o mesmo juiz, na primeira instância; *ii*) perante o juiz de hierarquia superior, ou na segunda instância<sup>427</sup>.

Já quanto aos *sujeitos do processo*, seria possível distinguir a preclusão de atividades das partes e a preclusão de atividade judicial (sendo que a última seria o que

---

<sup>421</sup> OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão...* cit., p. 63.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>423</sup> *Ibidem*, pp. 57 e 96-99.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 103.

alguns consideram preclusão imprópria, pois se refere à proibição de renovar decisões firmes, ou mesmo o que seria denominado por RICCIO como *jugado-preclusão*)<sup>428</sup>.

Ao analisar a correlação entre preclusão e prova, sustenta OLIVEIRA que “o instituto da preclusão, no processo penal, ainda se apresenta restrito, no que se refere à fase da instrução”<sup>429</sup>, apoiando o seu entendimento nas lições de MANZINI (para quem as preclusões em matéria de prova estariam excluídas, pelos critérios da verdade real e do livre convencimento do juiz) e na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (segundo a qual o juiz não está sujeito a preclusões para o “esclarecimento da verdade”)<sup>430</sup>.

Por isso é que, linhas à frente, ao discorrer sobre a preclusão no Código de Processo Penal, o autor afirma que o *codex* “adotou o princípio da preclusividade em todos os trâmites, com exceção daquele que se relaciona com a fase probatória”<sup>431</sup>.

Nessa análise, no que diz respeito à incidência da preclusão sobre os poderes do juiz, aduz o professor que “desde que o ato jurisdicional não encontre, em elementos posteriores, fundamento para a modificação, a regra é a proibição de novo ato decisório para a mesma questão”<sup>432</sup>.

Já quanto às preclusões para os atos das partes, OLIVEIRA elenca quatro hipóteses em que podem ser verificadas, quais sejam: *i*) nos casos de alegação de exceções<sup>433</sup>; *ii*) em casos de interposição de recursos; *iii*) na formulação e nas respostas dos quesitos; *iv*) em qualquer fase do processo, se houver incompatibilidade do comportamento da parte com outro ato processual por ela praticado<sup>434</sup>.

Vê-se que, malgrado a obra do professor mineiro seja inovadora pela abordagem do tema (até então nunca feita de maneira específica), pouco agregou para o tratamento

---

<sup>428</sup> OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão...* cit., pp. 103-104.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>430</sup> *Ibidem*, pp. 64-65.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>433</sup> Nesse ponto, o autor faz duas ressalvas: *a*) por sua natureza, as exceções de litispendência e de coisa julgada não podem precluir; *b*) a ausência de alegação de ilegitimidade de parte não faz precluir o direito de quem possa argui-la, quando dependente de elementos probatórios que se completam até a fase final (*ibidem* pp. 114-115).

<sup>434</sup> *Ibidem*, pp. 110-119.

doutrinário do instituto da preclusão e, sobretudo, não se debruçou em detalhes sobre a incidência da preclusão no processo penal brasileiro, dedicando poucas linhas para a preclusão sobre questões (que atingem os poderes do juiz) e elencando apenas quatro hipóteses de preclusão para as partes, que não exaurem os atos que elas podem praticar no processo.

### 2.2.2.3. José Frederico Marques

Apesar de FREDERICO MARQUES não ter tratado do tema em uma obra específica, mas sim em seu manual<sup>435</sup>, é interessante notar como esse autor, que abordou a preclusão no âmbito do processo civil, tratou dela no campo do processo penal.

O que se verifica é que o professor paulista adotou, no campo processual penal, o mesmo conceito de preclusão que foi por ele explicado em sua obra de processo civil – apesar de fazer remissão, aqui, ao processualista penal MASSARI<sup>436</sup>.

Assim, o autor classifica as preclusões em *temporais, lógicas e consumativas* – sendo que as últimas, “fundadas na regra do *ne bis in idem*”, estão mais relacionadas às questões decididas no curso do processo, do que propriamente à atividade das partes<sup>437</sup>.

E, quase que em transcrição literal de suas lições processuais civis, também aqui FREDERICO MARQUES adota o conceito de *preclusão “pro judicato”*, que incide “quando se verifica a imutabilidade, dentro do processo, de uma decisão de conteúdo exclusivamente formal”<sup>438</sup>.

É interessante notar, assim, que o citado professor não fez nenhuma distinção entre a aplicação do instituto nos campos processuais civil e penal.

---

<sup>435</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Vol. III. Campinas: Millennium, 2000, pp. 84 e ss. Apesar da impressão dessa tiragem ter ocorrido em 2000, a data original da segunda edição é o ano de 1965.

<sup>436</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 87.

#### 2.2.2.4. Miguel Thomaz Pessoa Filho

Em artigo publicado no ano de 1982, PESSOA FILHO tratou especificamente “*Da preclusão no direito processual penal*”<sup>439</sup>.

O autor inicia sua exposição assentando que o Código de Processo Penal pátrio “*atribuiu ao juiz a possibilidade de iniciativa de provas complementares, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes da prolação da sentença*”, sendo pautado pelo livre convencimento sobre as provas introduzidas no processo. Assim, “*sendo viável a intervenção judicial na atividade processual, deve questionar a respeito da matéria de acusação ou defesa, investigando provas não exploradas*” – e, nesse mister de “*busca da verdade*”, o juiz não estará sujeito a preclusões<sup>440</sup>.

Na sequência, ao discorrer sobre “*a preclusão como norma processual*”, fez um breve apanhado do tratamento dado pela doutrina ao instituto e, após ressaltar que os processualistas penais brasileiros tiveram pouco interesse sobre o assunto, afirmou que “*a preclusividade não atinge exclusivamente as atividades das partes, mas também a do juiz, impondo a este o dever de não mais reviver questões decididas*”<sup>441</sup>. Ademais, sem maiores explicações, afirma que a preclusão é uma sanção processual<sup>442</sup>.

No item sobre “*a preclusão em nossa legislação vigente*”, o autor foca sua análise apenas na matéria probatória e nos poderes instrutórios do juiz. Assim, após fixar a premissa de que no processo penal busca-se a “*verdade real*”, em decorrência da indisponibilidade da relação jurídica material a ele subjacente, sustenta que o juiz pode ordenar *ex officio* as provas que entender necessárias ao esclarecimento da verdade – o que acarreta a impossibilidade de se falar de autorresponsabilidade probatória das partes no processo penal<sup>443</sup>.

Nesse contexto, ao analisar o art. 156 do CPP (pela redação então vigente, ou seja, anterior à reforma operada pela Lei 11.690/08), PESSOA FILHO conclui que se as partes

---

<sup>439</sup> PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. Da preclusão... cit.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>441</sup> *Ibidem*, pp. 52-53.

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>443</sup> *Ibidem*, p. 55.

indicarem as provas de maneira extemporânea, “*deve o juiz aceita-las caso se convença de que podem elas influir no esclarecimento da verdade*”<sup>444</sup>.

Por fim, o autor procede à “*análise de dispositivos referentes a preclusão*”, seguindo a mesma linha de raciocínio de OLIVEIRA (item 2.2.2.1 *supra*), transcrevendo diversos excertos daquela obra – sobretudo aqueles que versam sobre as hipóteses de preclusão para as partes.

Como se vê, malgrado PESSOA FILHO seja favorável à iniciativa instrutória do juiz, não estabelece praticamente nenhum limite nessa atividade (ao contrário da posição assumida nesse trabalho, como se vê no item 1.6.3 *supra*), o que, para o autor, acarreta a inexistência de preclusão para o juiz e as partes no processo penal em matéria de prova. Ademais, o ensaio peca por tratar de maneira insuficiente as demais hipóteses de preclusão, inclusive para as partes.

#### 2.2.2.5. *Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini*

Em artigo intitulado “*Efeitos da preclusão pro judicato no processo penal*”<sup>445</sup>, os autores afirmam que “*um dos basilares fundamentos do instituto da preclusão*” é o princípio da economia processual. Consideram que a preclusão “*não representa um valor em si*”, na medida em que serve de “*instrumento de proteção de incontáveis interesses substanciais prevalecentes*”, tendo por fundamento normativo o mesmo da coisa julgada, “*por extensão*” – qual seja, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>446</sup>. Desse modo, a preclusão “*emerge no nosso sistema jurídico-penal como garantia do cidadão perante o ius puniendi estatal*”<sup>447</sup>.

Os autores dividem a preclusão em duas espécies: para as partes e para o juiz. Em relação à primeira, “*a preclusão nada mais é que a perda da faculdade de praticar algum ato processual (por haver decorrido o prazo assinalado em lei, por haver praticado ato incompatível com ele ou por ter o ato sido praticado de outro modo)*”, sendo classificada

---

<sup>444</sup> PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. Da preclusão... cit., p. 56.

<sup>445</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão *pro judicato*...cit.

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 460.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 461.

em três modalidades: temporal, lógica e consumativa. Já a preclusão para o juiz é referida como “*preclusão pro judicato*” e “*consiste na impossibilidade de (ele) decidir novamente sobre questões (processuais) já solucionadas no curso do processo e a cujo respeito já se operou a preclusão*”<sup>448</sup>.

Faz-se, então, uma breve distinção entre a *preclusão pro judicato* e a coisa julgada: enquanto a primeira tem como objeto uma questão processual, a segunda recai sobre uma sentença de mérito. De todo modo, ambas “*constituem obstáculo ao reexame daquilo que já foi decidido (o mesmo juiz ou júzo não pode reanalisar o mesmo assunto)*”<sup>449</sup>.

Especificamente sobre a preclusão para o juiz, afirma-se que “*quando não há nenhum inconformismo com a decisão proferida (por exemplo: decisão que anulou todos os atos instrutórios), opera-se a preclusão, inclusive pro judicato*”. Assim, via de consequência, “*não é lícito ao juiz reapreciar a mesma matéria (já coberta com o manto da preclusão)*”<sup>450</sup>.

Logo depois, no tópico em que defendem que a preclusão é uma sanção processual, os autores pontuam que o juiz pode, de ofício, tomar iniciativa na produção de provas e reconhecer nulidades absolutas; contudo, “*dentro dos seus poderes inquisitórios remanescentes, com certeza não se encontra o de rever decisões de outro magistrado, na mesma instância*”. Com isso, chega-se à conclusão de que “*o julgador, ao prolatar nova decisão depois da preclusão, incorre (incontestavelmente, segundo nosso júzo) em erro formal (isto é, há claríssimo error in procedendo)*”<sup>451</sup>.

Por fim, os autores indicam duas exceções para a regra de impossibilidade de alteração da decisão preclusa, quais sejam: “*a) quando a lei expressamente prevê a modificação do que foi decidido; b) quando se trata de uma “não-decisão” ou “não sentença” (sentença ou decisão inexistente)*”<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão *pro judicato*...cit., p. 459.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 459.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 467.

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 467.

Como se vê, malgrado os autores tenham feito uma abordagem até então inovadora, na verdade pouco desenvolveram sobre o tema, limitando-se a definir uma regra geral e a pontuar duas exceções sobre a preclusão para o juiz, sem maiores esclarecimentos sobre elas. Ademais, os autores pecam por utilizar a expressão *preclusão pro iudicato* em sentido maior do que aquele originalmente conferido por REDENTI, autor de tal expressão<sup>453</sup>.

#### 2.2.2.6. Roberto Delmanto Junior

Em tese sobre a *inatividade no processo penal brasileiro*<sup>454</sup>, DELMANTO JUNIOR trata da preclusão sob a perspectiva do *ônus* na atividade das partes. Após tratar dos conceitos de *dever* e *direito*, o autor analisa o conceito de *ônus* e, com base nas lições de TUCCI, GOLDSCHMIDT e GUARNERI, chega à conclusão de que o conceito de *ônus* “*está atrelado à autodeterminação ou disponibilidade de exercer ou não um direito, que pressupõe que os sujeitos processuais tenham liberdade para manifestar a sua vontade, comportando-se, de forma comissiva ou omissiva, sem coação*”<sup>455</sup>.

Assim, o *ônus* se insere na esfera de autorresponsabilidade da parte interessada, porquanto só a ela pode gerar uma vantagem processual, consistente no aumento de chances para obtenção de uma sentença favorável. Por isso, afirma o autor que “*o não-atendimento a um ônus, entendido como encargo, incumbência, jamais terá o efeito de gerar direito qualquer à parte contrária, não obstante possa restar ela beneficiada*”<sup>456</sup>.

Definido o conceito de *ônus*, o autor, então, chega na análise da preclusão. Nesse ponto, ele observa que se, de um lado, o *ônus* “*implica a aceitação de que as partes têm liberdade para adotar, nos termos da legislação e da melhor forma que julgarem, condutas comissivas ou omissivas*”, por outro lado, “*a partir do momento em que se fala em liberdade, é inafastável a constatação de que as partes são responsáveis pelas suas condutas, devendo assim suportar as naturais consequências que delas decorrem*”<sup>457</sup>.

---

<sup>453</sup> Como explanado no item 2.1.1.3 *supra*.

<sup>454</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade...*cit.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>457</sup> *Ibidem*, pp. 293-294.

Nesse contexto, DELMANTO JUNIOR define a preclusão como:

instituto processual que tem a função de impor *regramentos e consequente limitação à liberdade das partes* no que tange ao adimplemento de ônus, a fim de evitar que a ordem prevista pelo legislador para o desenrolar do processo seja desrespeitada, gerando desperdício de tempo e energia, desaguando em indesejada lentidão e consequente incerteza jurídica<sup>458</sup>.

Na sequência, sem traçar maiores considerações sobre a preclusão incidente sobre as atividades das partes (até porque o foco da tese é a *inatividade*, e não todas as atividades, em geral), o autor dá a entender que, segundo seu entendimento, não há preclusão de questões para o juiz, ao afirmar que “*pode o juiz sempre reexaminar matérias por ele já decididas, enquanto não tenha proferido decisão de mérito*”<sup>459</sup>.

Ao tratar da preclusão e prova, DELMANTO JUNIOR faz dois recortes: para as partes e para o juiz.

No que diz respeito às partes, afirma que a inatividade da parte em requerer a produção de prova no momento legalmente estabelecido para tanto torna preclusa a produção probatória – o que pode ocorrer, por exemplo no momento de se arrolar as testemunhas de acusação (na denúncia, conforme o art. 41 do CPP) e da defesa (na resposta à acusação, como preveem os arts. 396 e 396-A do CPP), no requerimento de diligências finais (atual art. 402 do CPP) e na indicação de testemunhas a serem ouvidas no plenário do júri (atual art. 422 do CPP)<sup>460</sup>. Ainda no que tange à preclusão incidente sobre as partes, sustenta que, à exceção do procedimento do júri, “*a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa (Magna Carta, art. 5.º, LV) obsta a que o direito de a parte exhibir documentos [...] possa ser atingido pela preclusão*”<sup>461</sup>. Assim, para o autor, a juntada de prova documental pode ocorrer em qualquer fase do processo, sendo imprescindível, nessa hipótese, que, em obediência ao contraditório, a parte contrária possa dela ter ciência e a possibilidade de se manifestar “*antes da prolação da sentença*”<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade...cit.*, p. 295.

<sup>459</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>460</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>462</sup> *Ibidem*, pp. 302-303.

Já em relação ao juiz, aduz que a preclusão não pode alcançar o seu “poder-dever instrutório”, “*não sendo concebível a chamada ‘preclusão pro judicato’*”<sup>463</sup>. Assim, sustenta que “*jamais preclui*” “*o poder-dever do juiz de proceder à colheita de provas, de ofício, antes de sentenciar, mesmo que tal providência implique a reabertura da instrução*”<sup>464</sup>.

Mesmo que a abordagem realizada pelo autor sobre a preclusão tenha sido realizada sob a perspectiva da inatividade (o que, de certa forma, limitou a análise do instituto), e ainda que não se concorde com a posição por ele assumida sobre a não incidência da preclusão na juntada de prova documental e nos poderes instrutórios do juiz, o estudo realizado por DELMANTO JUNIOR destaca-se em razão da definição por ele feita da preclusão sob o prisma do *ônus*. Essa abordagem contribui para a melhor compreensão da liberdade das partes no processo e, conseqüentemente, para os efeitos (da preclusão) que elas suportam em razão seja da *inatividade*, seja do exercício extemporâneo ou incompatível de um *ônus*.

#### 2.2.2.7. Leonardo da Silva Vilhena

A segunda obra específica sobre o tema na doutrina nacional é a tese de VILHENA, que trata especificamente da *preclusão para o juiz no processo penal*<sup>465</sup>.

O autor parte da premissa de que a preclusão é inerente ao processo<sup>466</sup>, tendo um sentido de “progressão”, de “marchar para a frente”<sup>467</sup>. Mesmo que não exista norma expressa e direta sobre a preclusão, ela pode ser depreendida por meio da conjugação de certos dispositivos legais, “*que demonstram que a lei processual penal adotou, de modo implícito, o princípio da preclusividade em todos os seus trâmites, com exceção daquele que se relaciona com a fase probatória*”<sup>468</sup>. Após discorrer sobre os conceitos formulados por alguns autores (nacionais e italianos) sobre o instituto, parte para a análise da

---

<sup>463</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade...cit.*, p. 297.

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>465</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...cit.*

<sup>466</sup> Desde que o processo seja concebido como relação jurídica, porquanto pautado pelo princípio de autorresponsabilidade da parte (*ibidem*, p. 116).

<sup>467</sup> *Ibidem*, pp. 33, 111 e 161.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 111.

“*preclusão pro judicato*”. Nesse ponto, sustenta que a incidência dessa modalidade de preclusão se dá principalmente nas decisões interlocutórias<sup>469</sup> e que não há preclusão temporal para o juiz, mas apenas preclusão consumativa ou lógica<sup>470</sup>.

Em seguida, ao analisar a definição dada por REDENTI à expressão “*preclusão pro iudicato*” – que seria “*um misto entre preclusão e coisa julgada*”<sup>471</sup> –, o autor conclui que a sua utilização é imprecisa, na medida em que não se compatibiliza com a noção de preclusão sobre os poderes do juiz. Contudo, em razão da vasta adoção da expressão pela doutrina brasileira, o autor consignou que a utilizaria como sinônimo de “*preclusão que incide sobre os poderes do juiz*”<sup>472</sup>.

Ao sistematizar a incidência da *preclusão pro iudicato* no sistema processual penal brasileiro, VILHENA sugere uma classificação da decisão (que contém caráter decisório, em contraposição ao simples despacho) em *interlocutória* (que não alcança o mérito) e *definitiva* (que soluciona a questão). A decisão interlocutória, por sua vez, pode ser: *a) simples*, limitando-se à solução de uma questão processual, sem encerrar o procedimento; *b) mista*, colocando fim ao processo ou a uma fase processual, sem examinar o mérito, sendo subdividida em: *b.1) interlocutória mista não terminativa*, referindo-se apenas a uma fase processual (v.g., decisão de pronúncia); *b.2) interlocutória mista terminativa*, extinguindo a relação processual (v.g., decisão de rejeição da denúncia)<sup>473</sup>.

Assim, com base nessa classificação, o autor sustenta que a preclusão, por um lado, não atinge o *despacho* (uma vez que não possui carga decisória) e, por outro, atinge, via de regra, todas as decisões *interlocutórias*, por interpretação *contrario sensu* do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal – como não há preclusão para o juiz nas questões probatórias, para todas as outras há<sup>474</sup>. Assim, todas as decisões interlocutórias (mistas ou simples) estão, em princípio, sujeitas à preclusão *pro judicato*<sup>475</sup>.

---

<sup>469</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...*cit., p. 78.

<sup>470</sup> *Ibidem*, pp. 87-90.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>473</sup> *Ibidem*, pp. 120-121.

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>475</sup> *Ibidem*, cit., p. 125.

A exceção a essa regra está nas questões probatórias, que, conforme o item VII da exposição de motivos, não estão sujeitas à preclusão<sup>476</sup>.

Com base nessas definições, o autor elenca algumas hipóteses de incidência da preclusão para o juiz. Assim, tanto a decisão de recebimento da denúncia quanto a decisão de pronúncia não podem ser revistas, uma vez que se opera a “*preclusão pro judicato*”<sup>477</sup>. Do mesmo modo, a decisão que analisa pedido de prisão preventiva (acolhendo-o ou rejeitando-o) também sofre a incidência da preclusão, de maneira que o juiz não pode reconsiderar a decisão se a situação fática for a mesma – isto é, o juiz somente pode decidir novamente a questão se surgir um *fato novo* no processo<sup>478</sup>.

Especificamente em relação às questões probatórias, aduz VILHENA que a inexistência de preclusão para o juiz se justifica pelos princípios da verdade real e do livre convencimento do juiz: “*se o escopo do processo penal é a obtenção da verdade real e o juiz tem plena liberdade de fundamentar seu convencimento [...], não há como precluir seus poderes instrutórios*”<sup>479</sup>. Por esse motivo, mesmo as provas requeridas extemporaneamente pelas partes pode ser produzidas: “*basta que o magistrado as encampe, ou seja, que entenda as provas como pertinentes e deseje produzi-las de ofício*”<sup>480</sup>.

O único limite existente para a atividade probatória do juiz reside, segundo o autor, com a entrega da sentença nas mãos do escrivão. A partir desse momento preclui a atividade probatória do juiz, de modo que, após entregue a sentença em cartório, antes da intimação das partes ou do trânsito em julgado, é vedado ao juiz determinar de ofício a produção de prova<sup>481</sup>.

Por fim, com apoio nos argumentos de FERREIRA FILHO, o autor sustenta que, depois de deferida a produção de uma prova, não pode o juiz reconsiderar a decisão para

---

<sup>476</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...*cit., p. 127.

<sup>477</sup> *Ibidem*, pp. 136 e 143.

<sup>478</sup> *Ibidem*, pp. 147-149.

<sup>479</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 155.

indeferir aquele pedido: “consumou-se aquela decisão e gerou para a parte, inclusive, um direito àquela prova”<sup>482</sup>.

O trabalho desenvolvido por VILHENA se destaca pela proposta de classificação das decisões que podem ser proferidas no processo penal e, com isso, pela sistematização das decisões sujeitas à incidência da preclusão para o juiz. Ainda que se discorde da utilização da expressão “preclusão *pro iudicato*” (mesmo com o alerta feito pelo próprio autor sobre a sua impropriedade, no sentido adotado no trabalho), a obra logra êxito em oferecer um critério de análise da incidência da preclusão para os poderes do juiz.

Discorda-se, contudo, da ampla liberdade que o autor confere ao juiz em seus poderes probatórios e, conseqüentemente, da inexistência de preclusão para o juiz em matéria probatória. Discorda-se, também, da impossibilidade do juiz reconsiderar a decisão de deferimento de prova – nesse ponto, como o argumento do autor foi construído com base no entendimento de FERREIRA FILHO, faz-se remissão às críticas que lá foram feitas<sup>483</sup>.

### 2.3. Aspectos de consenso sobre o conceito de preclusão

Visto o tratamento dado à preclusão pelas doutrinas processuais italiana e brasileira, tanto no âmbito civil como no penal, percebe-se que há vários aspectos de consenso quanto ao conceito do instituto. Ainda que existam algumas divergências entre os processualistas (por exemplo, sobre o caráter sancionatório ou não da preclusão, bem como sobre a sua conformação com a teoria do processo como relação ou situação jurídica), são elas pontuais e, principalmente, secundárias, na medida em que não atingem a essência do instituto.

A doutrina concorda com o ponto de partida da preclusão: a sua finalidade de *desenvolvimento ordenado do processo*. Todos os autores acima elencados – a começar por CHIOVENDA<sup>484</sup> – partem da premissa de que a preclusão é necessária para que o processo

---

<sup>482</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...cit.*, p. 156.

<sup>483</sup> Item 2.1.2.4 *supra*.

<sup>484</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II...cit., p. 479.

possa caminhar de maneira sequencial, ordenada e rápida, pois os atos processuais não podem ser praticados sob o bel-prazer dos sujeitos processuais (isto é, das partes e do juiz). A lei estabelece uma ordem para os atos processuais, com vistas a se alcançar um ato final, consubstanciado na sentença a ser proferida pelo juiz. Essa ordem de nada adiantaria se não dispusesse de um mecanismo que, mais do que induzir os sujeitos processuais a marcharem para a frente, os impedisse de voltar para trás. A finalidade da preclusão, assim, reside fundamentalmente em impor limites às atividades processuais das partes e do juiz<sup>485</sup>, de modo a impedi-los de regredir no caminhar do processo.

Consequentemente, a incidência da preclusão é necessária para qualquer tipo de processo (penal, civil e mesmo para processos administrativos<sup>486</sup>); o que irá variar em cada um deles é a *medida* da preclusão, a depender seja dos direitos e interesses em jogo em cada processo, seja, inclusive, das opções políticas assumidas pelo legislador<sup>487</sup>.

As várias maneiras de se classificar a preclusão (como princípio, técnica, método e instituto) acabam por refletir a finalidade da preclusão e sua importância para o desenrolar do processo<sup>488</sup>. Assim, como princípio, afirma-se que a preclusão relaciona-se com os princípios da duração razoável do processo<sup>489</sup>, do *ne bis in idem*<sup>490</sup> e da economia processual<sup>491</sup>, de modo a ser considerado como um “*princípio geral do direito processual (civil e penal)*”<sup>492</sup>. Por isso é que se afirmou acima que essas várias classificações não se eliminam; muito pelo contrário, se complementam, na medida em que conferem uma noção bem ampla da importância e finalidade da preclusão, à luz tanto do processo (e de outros princípios processuais), como do desenvolvimento dos atos processuais e,

<sup>485</sup> MARAFIOTI afirma que a preclusão sinaliza um limite para as partes no processo, sendo um instrumento de contenção de seus poderes e faculdades (MARAFIOTI, Luca. Preclusionione: un principio “senza qualità”? In: *idem*; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusionione nel processo penale: atti del Convegno Teramo*, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 175-176).

<sup>486</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* cit., pp. 26-27.

<sup>487</sup> Nesse sentido: CONTI, Carlotta. *La preclusionione...* cit., pp. 27-30; ORLANDI, Renzo. Principio di preclusionione... cit., p. 2. A exposição feita por SICA sobre a incidência da preclusão no processo civil italiano, desde o Código de 1865, revela como a ideologia política se refletiu nas reformas da legislação: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 53-59. Mais à frente, ao discorrer sobre o aumento dos poderes do juiz e preclusão, o mesmo autor também indica como a ideologia política influencia o processo e, consequentemente, o regime de preclusão (*ibidem*, pp. 319-329).

<sup>488</sup> Entre outros, v: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 179 e 264.

<sup>489</sup> IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Le preclusionioni processuali...* cit., p. 3.

<sup>490</sup> MARELLI, Fabio. *La trattazione...* cit., p. 5.

<sup>491</sup> OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão...* cit., p. 60, que considera que o princípio da economia processual é o que de mais perto concorre para a exigência do instituto da preclusão.

<sup>492</sup> VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...* cit., p. 112. No mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 179.

isoladamente considerado, na maneira pela qual atinge cada uma das atividades das partes e do juiz.

O tratamento da preclusão ao longo do tempo (isto é, desde as primeiras lições de BÜLOW e CHIOVENDA, até os estudos mais recentes) demonstra que a grande maioria dos processualistas (civis e penais) não se distancia das ideias de CHIOVENDA. À exceção da corrente negativista (ilustrada, nesse trabalho, pela exposição das ideias de ATTARDI<sup>493</sup>), todos os autores acima elencados reconhecem a importância da preclusão para o processo (tal como fez CHIOVENDA no início do século XX) e tratam o tema a partir das ideias fundamentais do professor italiano<sup>494</sup>. Nesse ponto, destaque-se que a doutrina não destoia da classificação sobre as modalidades de preclusão feita por CHIOVENDA em *temporal*, *lógica* e *consumativa*, havendo poucas divergências (que, muitas vezes, são apenas acréscimos) sobre tal ponto.

Assim, ainda que existam divergências com a concepção original (por exemplo, na classificação das modalidades de preclusão), elas não são suficientes para infirmar as lições primeiras de CHIOVENDA – pelo contrário, aliás: muitas delas são, na verdade, refinamentos conceituais ao pensamento do professor italiano.

Um dos refinamentos conceituais que o desenvolvimento do tema propiciou – e também parece ser um aspecto de consenso na doutrina processual – é a divisão da preclusão para as partes e para o juiz. Não pairam dúvidas sobre o fato de que as partes desempenham atividades no processo diferentes daquelas exercidas pelo juiz; isso faz com que os limites impostos às atividades de cada um deles sejam diferentes e, portanto, que também seja diferente a incidência da preclusão para cada um deles. Assim, a doutrina é pacífica em distinguir a preclusão que incide sobre as atividades das *partes* da preclusão que incide sobre as *questões incidentais* (ou sobre os *poderes do juiz*)<sup>495</sup>. Isso se reflete,

---

<sup>493</sup> Item 2.1.1.5 *supra*.

<sup>494</sup> A confirmar essa constatação, SICA afirma que tanto a doutrina italiana como a brasileira adotaram a teoria de CHIOVENDA (a respeito da preclusão dirigida aos direitos processuais das partes), partindo das premissas por ele lançadas para desenvolver suas respectivas investigações (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão... cit.*, pp. 82 e 89).

<sup>495</sup> Ao distinguir esses dois tipos de preclusão, SICA explica o motivo dessa confusão conceitual: “a identificação da preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em recorrer ou suscitar incidentes processuais deve-se a uma concepção privatista do processo, pois se baseia no condicionamento da atividade do juiz à iniciativa da parte” (*ibidem*, p. 271).

por exemplo, no surgimento de trabalhos que tratam especificamente da preclusão para o juiz<sup>496</sup>.

No que diz respeito à preclusão para os poderes do juiz, a doutrina também é uníssona em afirmar que não há preclusão *temporal*, uma vez que os prazos estabelecidos em lei para o magistrado são impróprios e, no máximo, implicam sanções administrativas (nunca processuais ou legais)<sup>497</sup>.

Como se vê, portanto, há vários aspectos de consenso na doutrina em relação ao conceito de preclusão – notadamente, quanto à sua finalidade, à adoção das ideias de CHIOVENDA, à classificação em modalidades temporal, lógica e consumativa e à divisão entre a incidência da preclusão para as partes e para o juiz.

Exposto isso, passa-se, então, para o conceito de preclusão a ser adotado na presente dissertação.

#### **2.4. Conceito de preclusão adotado nesse trabalho**

Como visto acima, o estudo da preclusão alcançou um grau avançado, de modo que diversas ideias foram desenvolvidas e aprimoradas ao longo do tempo, por quase um século (desde as primeiras lições de BÜLOW e, principalmente, de CHIOVENDA). As investigações feitas pela doutrina processual (civil e, em menor medida, penal) não se distanciaram das ideias fundamentais de CHIOVENDA e, em muitos pontos, aprimoraram algumas questões não vislumbradas pelo professor italiano.

Ocorre que os refinamentos conceituais feitos pela doutrina ao longo do tempo estão, no que há de mais relevante, espalhados nas diversas investigações científicas acima elencadas. Por isso, o intuito desse item é tentar sistematizar as ideias que parecem mais adequadas no tratamento da preclusão, a fim de acomodá-las e, assim, chegar-se a uma

---

<sup>496</sup> A exemplo dos trabalhos de NEVES, GOMES e BIANCHINI e VILHENA (respectivamente, itens 2.1.2.5, 2.2.2.5 e 2.2.2.7 *supra*). Destaque-se, também, a obra de SICA, que faz uma rigorosa distinção metodológica entre a preclusão para as partes e a preclusão para o juiz (item 2.1.2.6 *supra*).

<sup>497</sup> Entre outros, v.: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 41; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 25; VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão...* cit., pp. 87-90.

definição que não será propriamente original, mas sim resultado de uma sistematização das principais ideias desenvolvidas pela doutrina processual ao longo do tempo.

A essa altura do trabalho, é importante ressaltar que a definição da preclusão é a mesma tanto para o processo penal como para o processo civil – na medida em que os dois campos são marcados pela presença de partes e de um juiz que desenvolvem suas respectivas atividades no desenrolar do processo com vistas a se alcançar uma sentença final. Afinal, a preclusão – no sentido de *técnica* – serve para conferir maior racionalidade ao desenvolvimento do processo, de modo a ordenar os atos processuais e, principalmente, impedir o retrocesso na marcha processual (seja pelo retorno a uma fase já superada, seja pela prática de um ato já exercido). Daí que, nessa perspectiva de ordenação processual, não importa o direito material que esteja subjacente ao processo (se civil ou penal), mas sim a ordem processual estabelecida em lei.

Portanto, para o conceito de preclusão (enquanto técnica para o desenvolvimento do processo) não importa o direito material nele tratado, de modo que deve ser o mesmo tanto para o processo civil, como para o processo penal.

Não obstante a definição seja uma só, o que irá mudar na preclusão em um ou outro campo será a *medida* de sua incidência e, principalmente, a *possibilidade de seu afastamento*, em razão de princípios constitucionais. Assim, como será exposto nos capítulos 3 e 4 *infra*, no processo penal a *medida* da incidência da preclusão é menos acentuada (se comparada com o processo civil), em razão do mais elevado *standard* probatório para eventual condenação (o que se reflete no *risco* da preclusão no melhor acerto fático possível); e, em razão do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), é possível, excepcionalmente, o afastamento da preclusão para a atividade probatória da defesa, à luz do critério risco e tempo.

Posto isso, para se chegar a uma proposta de acomodação do conceito de preclusão, deve-se passar por duas etapas. A primeira toma lugar na lição de CHIOVENDA (a qual, como visto no item 2.3 *supra*, norteou e ainda embasa o desenvolvimento do tema pela doutrina processual), pois é a partir de suas ideias fundamentais que se deve partir, principalmente no que diz respeito à sua classificação. Nesse ponto, será necessário um pequeno acréscimo conceitual, surgido posteriormente a CHIOVENDA, que se mostrará

de grande utilidade para a presente pesquisa. Depois disso, a segunda etapa consiste no recorte da preclusão para a atividade das partes e para os poderes do juiz – sendo que, em relação à primeira, será imprescindível adotar-se o conceito de ônus processual.

#### 2.4.1. *A ideia fundamental de CHIOVENDA*

De toda a exposição feita no item 2.1.1.1 *supra*, pode-se considerar que a essência da ideia chiovendiana de preclusão reside no seguinte excerto de sua obra:

eu entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que ocorre pelo fato: a) ou de não se ter observado a ordem assinalada na lei ao seu exercício, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se ter realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de se ter já exercitado validamente a faculdade (consumação propriamente dita)<sup>498</sup>.

Nesse excerto, podem ser extraídos três aspectos importantes da preclusão: a noção de *perda*; a expressão “*faculdade processual*”; e a classificação das *modalidades* de preclusão.

Como visto acima, inclusive pelas críticas de D’ONOFRIO e pela resposta a ele dada pelo próprio CHIOVENDA (item 2.1.1.2 *supra*), a ideia de perda é essencial para a definição da preclusão, na medida em que denota a impossibilidade de se voltar atrás. Isto é, *perdida* uma “*faculdade processual*”, será impossível retroceder no processo para exercê-la novamente, de modo que a única medida a ser tomada será marchar para frente, isto é, proceder ao próximo ato processual previsto em lei. Não há, assim, como se afastar a preclusão da sua essência de *perda*.

Para CHIOVENDA, o objeto dessa *perda* é uma *faculdade processual*; é ela que não poderá mais ser exercida no processo. Contudo, como será visto no próximo item, a

---

<sup>498</sup> Tradução livre do excerto: “[...] io entendo per preclusione la perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale *che si subisce per il fatto*: a) *o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni*; b) *o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà, come la proposizione d’un’eccezione incompatibile con un’altra, o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza*; c) *o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta)*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II, cit., pp. 479/480).

expressão *faculdade processual* não se amolda às atividades exercidas pelo juiz no processo (que, na verdade, tem *poderes-deveres*) e, mesmo para as atividades exercidas pelas partes, ela não se mostra a mais adequada. De fato, para o desenvolvimento processual, sob o ponto de vista das posições jurídicas *ativas*, as partes exercem propriamente *ônus*<sup>499</sup>.

As modalidades de preclusão elencadas pelo professor italiano foram denominadas pela doutrina que a ele se seguiu como *temporal*, *lógica* e *consumativa* – sendo que a primeira e a última merecem algumas considerações adicionais, com base nas ideias posteriormente desenvolvidas pela doutrina sobre essa classificação.

A preclusão *lógica* é definida à unanimidade como o impedimento de realização de um ato processual (expressão mais genérica que se utiliza aqui, nesse momento, em lugar de “faculdade processual”) em razão da prática anterior de um ato logicamente incompatível com aquele que se pretende realizar<sup>500</sup>. Assim, o que ocorre nessa modalidade de preclusão é uma incompatibilidade lógica entre o ato já praticado e o ato que se quer praticar.

Já a preclusão *consumativa* é compreendida como a impossibilidade de realização de um ato processual em razão de já se tê-lo praticado anteriormente praticado<sup>501</sup>. A ideia central aqui é simples: não há como se praticar um ato processual se ele já foi anteriormente *consumado* pela parte (ou pelo juiz).

Nesse ponto, discorda-se da posição de SICA, que sustenta não haver preclusão consumativa, pois a prática de um ato processual não impede que, dentro do prazo previsto em lei, seja ele praticado novamente ou emendado. Para o autor, a impossibilidade seria de ordem *temporal* ou *lógica*, mas nunca consumativa<sup>502</sup>. Não obstante o raciocínio do professor tenha coerência, observa-se ao menos uma hipótese no processo penal em que a preclusão somente pode ser consumativa: o oferecimento de rol de testemunhas em

---

<sup>499</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 97-102.

<sup>500</sup> Entre outros, v.: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 35; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 149; RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit., p. 14.

<sup>501</sup> Entre outros, v.: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 30; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo...* cit., p. 144; RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit., p. 14.

<sup>502</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 151-154. Para maiores considerações sobre o ponto, v. item 2.1.2.6 *supra*.

denúncia ou em resposta à acusação oferecidas extemporaneamente. Como o prazo para esses atos processuais é *impróprio*, é a sua consumação que impedirá a parte de praticá-lo novamente (ou, especificamente em matéria de prova, de requerer a produção do meio de prova testemunhal), não o decurso temporal – que, por si só, não gera efeitos preclusivos nessas hipóteses, já que, repita-se, tais prazos são impróprios.

Por último, tem-se a preclusão *temporal*, na qual o impedimento para a realização do ato processual decorre da não-observância do prazo previsto em lei para tanto<sup>503</sup>. Aqui, é importante fazer um pequeno refinamento conceitual, extraído da doutrina que se seguiu a CHIOVENDA. A ideia de *prazo* para a prática de um determinado ato, que geralmente refere-se a um *momento processual* para tanto, pode englobar também a ideia de *fase processual*. Isto é, a lei pode prever que um ato processual seja praticado em um determinado *momento* (por exemplo, no *prazo* da contestação do processo civil, ou no *prazo* para a interposição de recurso em sentido estrito no processo penal) ou em uma determinada *fase* do processo (que também denota a ideia de *tempo*, ainda que não tenha um prazo fixado em lei e ainda que esse tempo tenha duração superior àquela do *momento* processual). Nesse sentido, a preclusão temporal impediria a prática de um ato processual em razão do decurso do tempo, o qual, por sua vez, pode se refletir seja pela superação de um prazo (que delinea um *momento* processual), seja pela superação de uma *fase* processual. Assim, parece ser mais adequada e mais completa a definição de preclusão *temporal* como impedimento de realização de um ato processual “*pela fluência de um prazo ou pela superação de uma fase do processo*”<sup>504</sup>, a depender dos dispositivos legais que regulam a prática do ato.

Portanto, até aqui, a ideia fundamental de CHIOVENDA é adotada com duas ressalvas: *i*) a expressão “faculdade processual” (que, como será analisada no próximo item, não será adotada, por não se amoldar às atividades processuais das partes que sofrem a incidência da preclusão); e *ii*) a classificação da preclusão, para se reafirmar a importância da modalidade de preclusão *consumativa* e acrescentar à preclusão *temporal*

---

<sup>503</sup> Entre outros, v.: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz...* cit., p. 38; RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit., p. 14.

<sup>504</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 129. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., p. 34. Na doutrina italiana, ANDRIOLI apontou que uma das modalidades de preclusão seria aquela derivada do exaurimento de uma fase (“*stato*”) do processo (ANDRIOLI, Virgilio. *Preclusione (diritto processuale civile)...* cit., p. 569).

(originariamente decorrente da fluência de um prazo) a hipótese de superação de uma fase do processo.

#### 2.4.2. *Distinção entre preclusão para as partes e para o juiz*

Com o intuito de se identificar os aprimoramentos do instituto nos estudos feitos sobre a preclusão desde CHIOVENDA, adota-se, nesse item, o entendimento esposado por SICA em sua dissertação. Isso porque a obra do professor paulista é a que melhor aborda (com maior precisão e didática) a necessidade de se distinguir a incidência da preclusão para as partes e para o juiz, na medida em que eles ostentam posições jurídicas diversas no processo. Assim, enquanto os atos processuais das partes devem ser compreendidos como *ônus processuais* e como *deveres* (posições jurídicas ativas e passivas, respectivamente), os atos processuais do juiz devem ser entendidos como *poderes-deveres*<sup>505</sup>.

Tem razão o professor paulista ao afirmar que “*somente pensando no processo como sucessão de posições jurídicas encadeadas e coordenadas é que se pode realmente passar a analisar a preclusão*”<sup>506</sup>. De fato, a preclusão atua justamente para que, nesse encadeamento de posições jurídicas, possam as partes e o juiz avançar no desenrolar processual, de modo que um ato processual leve a outro, sem que haja retrocesso. A análise do exercício dos atos processuais – sob esse contexto de posições jurídicas – é crucial para se compreender a dinâmica do processo, particularmente no que diz respeito às atividades (e eventuais interesses) de cada um dos sujeitos processuais, que, em conjunto, impulsionam a marcha processual para frente.

Nesse contexto é que se vislumbra a importância da compreensão do processo como:

uma *relação jurídica*, na qual seus sujeitos assumem, recíproca e sucessivamente, várias posições jurídicas: a cada posição assumida, cria-se uma *situação jurídica* que, superada, *gera uma nova* (com as partes novamente em diferentes posições jurídicas), e assim sucessivamente até que o processo chegue ao final. Essa força motriz é, justamente, a preclusão<sup>507</sup>.

<sup>505</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 95-108.

<sup>506</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 96.

Daí decorre a relevância dessa distinção metodológica: uma vez que as posições jurídicas das partes e do juiz são diferentes entre si, conseqüentemente a preclusão incidirá sobre cada uma delas também de maneira diferente<sup>508</sup>.

Nos dois próximos subitens, serão apontadas quais atividades processuais (das partes e do juiz) podem sofrer a incidência da preclusão. Trata-se de estabelecer os campos que, *em tese*, estão submetidos à preclusão, para que, depois, no capítulo 4 *infra*, sejam analisados os critérios que definem a incidência da preclusão em cada momento específico da atividade probatória.

#### 2.4.2.1. *Partes e ônus processual*

Seguindo com o raciocínio de SICA, as posições jurídicas das partes no processo podem ser *ativas* ou *passivas*: “*as primeiras põem o agente em uma posição de atuar na esfera jurídica alheia, com a prática de determinado ato; as segundas colocam o agente em uma situação de sujeição*”<sup>509</sup>. Nesse contexto (e já adiantando as conclusões do professor paulista), o *ônus* processual amolda-se à posição jurídica *ativa* que sofre a incidência da preclusão – ao contrário do *dever* processual, posição jurídica *passiva* que não se submete ao regime preclusivo.

Na análise das posições jurídicas *ativas* assumidas pelas partes, o *ônus* é compreendido como o *ato processual que a parte realiza motivada por um interesse próprio*, qual seja, a busca de uma *vantagem processual*. Daí, a diferença do *ônus* em relação à *faculdade* (já que ambos são praticados por um interesse da parte) é que o inadimplemento do *ônus* não só implica a ausência da obtenção de uma vantagem, como também a *perda da possibilidade de realizar a atividade processual* – *perda* essa causada pela *preclusão*. Assim, o *inadimplemento do ônus acarreta preclusão daquele ato processual*, tornando definitiva a desvantagem oriunda de tal inadimplemento – ao contrário do que ocorre com a *faculdade*, cujo inadimplemento não acarreta uma situação

---

<sup>508</sup> Afinal, como explica o autor, “*se os sujeitos do processo ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, o fenômeno que os impede de exercitar seus poderes dentro da relação jurídica processual se dá de forma diversa, e informado por princípios próprios*” (*ibidem*, p. 108).

<sup>509</sup> SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 97.

de desvantagem<sup>510</sup>. Desse modo, com o adimplemento do ônus, a parte busca não apenas um efeito positivo, consubstanciado na obtenção de uma vantagem, mas também evitar um efeito negativo, qual seja, “evitar a desvantagem decorrente da preclusão, isto é, a perda da possibilidade de praticar determinado ato processual”<sup>511</sup>.

Com base nesse raciocínio, o professor paulista conclui que “é de afastar a ideia de *CHIOVENDA* de que a preclusão atinge faculdades processuais e de se acolher a de que a preclusão se identifica propriamente com a ideia de ônus”<sup>512</sup>. Assim, a preclusão (dirigida à atividade das partes) surge como consequência do inadimplemento de um ônus. Em outras palavras, o inadimplemento de um ônus gera uma consequência *negativa* para a parte – qual seja, a *preclusão*, que acarreta a *perda do direito associado àquele ônus*<sup>513</sup>.

Daí se vê que a preclusão só pode estar associada à ideia de ônus (como uma posição jurídica ativa da parte), e não de *dever* (posição jurídica *passiva* da parte), pois nesse último a realização do ato processual é mandatória, de modo que o sujeito não tem a possibilidade de escolher praticá-lo ou não. O *dever* processual, enquanto obrigação voltada para o atendimento de um interesse público ou de um interesse de terceiro, não está sob a disponibilidade do *interesse* da parte, de modo que o seu inadimplemento gera “consequências jurídicas sancionatórias, orientadas para coagir o sujeito ao adimplemento, ou puni-lo pelo inadimplemento”<sup>514</sup>.

Assim, a preclusão somente pode estar associada à prática de atos processuais considerados como ônus, e não como *deveres*, pois, nesse último caso, o inadimplemento

---

<sup>510</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 98-101.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 101. Interessante é a conclusão subsequente do autor: com base nos mesmos argumentos, afirma que “também podemos não considerar a ideia de que a preclusão seria uma sanção, eis que esta é aplicável apenas ao descumprimento dos deveres processuais, que, como se verá adiante, atende a interesse estranho ao do agente” (*ibidem*, p. 101).

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 103. Por isso é que o autor explica, linhas adiante, que “os deveres (ou obrigações) processuais são residuais no sistema. No geral, é ele estruturado sobre a imposição de ônus às partes, e por razões eminentemente práticas: se o sistema estabelecesse para as partes, sempre, obrigações, a sua omissão geraria, sempre, uma decisão impondo sanções, com a consequente possibilidade de discussão pela parte punida e eventual aplicação das medidas punitivas. O processo, assim estruturado, simplesmente não caminharia. Daí por que se coloca à parte o ônus de realizar todas as atividades de seu interesse” (*ibidem*, p. 104).

não gera a perda da possibilidade de realizar o ato processual – que é justamente o que caracteriza a preclusão<sup>515</sup>.

Como a ideia de *ônus* está inserida também na teoria do processo como *situação jurídica*<sup>516</sup>, é importante fazer uma ressalva nesse ponto da exposição.

Parte da doutrina processual sustenta que a preclusão só pode ser compreendida no contexto do processo como *relação jurídica* (como defendem RICCIO e BARBOSA<sup>517</sup>); para outra corrente, a preclusão se amolda tanto à teoria da *relação* como da *situação jurídicas* (a exemplo de FERREIRA FILHO, CARRATA e CONTI<sup>518</sup>); e, ainda, há quem defenda que a preclusão melhor se amolda à teoria da *situação jurídica* (como GUARNERI<sup>519</sup>).

<sup>515</sup> Assim, no processo penal, há alguns *deveres* impostos ao acusado por motivo de interesse público (tendo em vista os valores em jogo na persecução penal). O exemplo mais sintomático é a obrigatoriedade de defesa técnica, que se reflete na imprescindibilidade da resposta à acusação (arts. 396 e 396-A, *caput* e § 2º, do CPP). Comparativamente, no processo civil, o ato que seria equivalente (a contestação, prevista no art. 335 do CPC) não é obrigatório. Com isso, percebe-se que o ato processual da contestação é um *ônus* para o réu no processo civil (de modo que o seu inadimplemento gera preclusão), ao passo que o seu equivalente no processo penal (a resposta à acusação) é um *dever* e, assim, o seu inadimplemento *não* gera preclusão: há um interesse público na realização desse ato processual, de maneira que mesmo a falta de interesse da parte em praticar esse ato não acarreta a sua perda (pois será nomeado um defensor para realizar esse ato processual de apresentação da resposta à acusação). Assim, a apresentação da resposta à acusação é um *dever* processual; mas, como será visto no capítulo 4 abaixo, o oferecimento do rol de testemunhas (que pode constar nessa peça) é um *ônus*, submetendo-se à incidência da preclusão.

<sup>516</sup> A teoria da *situação jurídica*, formulada por GOLDSCHMIDT, compreende o processo como uma série de situações jurídicas que vinculam a atividade processual da parte à obtenção de uma sentença favorável ou desfavorável, a depender do comportamento processual das partes. Assim, “*os nexos jurídicos dos indivíduos que se constituem correlativamente são expectativas de uma sentença favorável ou perspectivas de uma sentença desfavorável. Porém, a sentença precede o processo, e como é uma luta pelo direito, as expectativas de uma sentença favorável dependem regularmente de um ato processual anterior da parte interessada, que se vê coroada pelo êxito. Ao contrário, as perspectivas de uma sentença desfavorável dependem sempre da omissão de um tal ato processual da parte interessada*” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936, p. 51). Daí que “*essas categorias processuais não se amoldam ao conceito de relação jurídica no sentido tradicional, isto é, não são nem sujeições a imperativos nem poderes sobre eles. Por serem expectativas ou perspectivas de uma decisão judicial futura, baseadas nas normas legais, representam situações jurídicas, o que quer dizer o estado de uma pessoa desde o ponto de vista da sentença judicial que se espera com observância às normas jurídicas*” (*ibidem*, p. 55). Nesse contexto, o *ônus processual* surge na hipótese em que a parte tem que executar um ato para evitar um prejuízo processual, isto é, uma situação de desvantagem processual que, em definitivo, se consubstancia em uma sentença desfavorável (*ibidem*, p. 52). Para uma explicação mais detalhada sobre a teoria da situação jurídica, v.: LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 176, pp. 349-373, out./2009; LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)descobrimo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 75, p. 101-129, nov./dez. 2008.

<sup>517</sup> RICCIO, Stefano. *La preclusione...* cit., p. 37 (item 2.2.1.2 *supra*); BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão...* cit., pp. 87-88 (item 2.1.2.2 *supra*)

<sup>518</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão...* cit., pp. 16-17 (item 2.1.2.4 *supra*); CARRATA, Antonio. *Il fondamento...* cit., p. 14; CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 10 (item 2.2.1.4 *supra*).

<sup>519</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Preclusione (diritto processuale penale)...* cit., p. 574 (item 2.2.1.3 *supra*).

Na verdade, essa parece ser uma discussão inócua. Para a análise da preclusão, o que importa não é a natureza jurídica do processo (já que por uma ou outra perspectiva o processo é concebido como uma série de atos ordenados, previstos em lei), mas sim o comportamento das partes na dinâmica processual. Em outras palavras, se ambas as teorias (da relação e da situação jurídicas) consideram que o processo é formado por uma sucessão de atos processuais praticados pelas partes, a preclusão se apresenta como técnica importante para o desenvolvimento processual, impedindo o refazimento de atos processuais e, assim, o retrocesso na marcha processual. Para o estudo da preclusão, não importa se essa sucessão de atos processuais é compreendida no contexto de relações jurídicas ou de situações jurídicas, pois, de um ou de outro jeito, há necessidade de que esses atos sejam praticados de maneira ordenada e progressiva, evitando-se que fiquem sob o livre arbítrio das partes. O que importa, de fato, é o comportamento dos sujeitos na prática de seus atos no processo; é aqui que incide a preclusão, como *instituto* que acarreta a perda de um direito em razão do inadimplemento de um *ônus* pela parte.

Por isso, o fundamental para se melhor compreender a preclusão é vislumbrar a atividade das partes sob a perspectiva de *ônus*, sendo irrelevante (para o propósito dessa pesquisa) qual a concepção do processo adotada (o que daria margem para outra discussão).

De todo modo, independente de qual seja a natureza jurídica do processo, é de se ver que os autores que trataram a preclusão sob a perspectiva de *ônus* obtiveram maior clareza na demonstração de suas ideias<sup>520</sup>. Não há como se compreender adequadamente a preclusão sobre as atividades das partes sem partir da premissa de que elas agem motivadas por seus próprios *interesses*, que as induzem a adimplir os *ônus* processuais para obter vantagens e evitar desvantagens na marcha processual – que, em última análise, se resumem à sentença: o adimplemento dos *ônus* faz com que a parte tenha mais chances de obter uma sentença favorável e, conseqüentemente, diminui as chances de obter uma sentença desfavorável<sup>521</sup>.

---

<sup>520</sup> Assim o fizeram: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 97-102 e 271-279; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade...* cit., pp. 123-132 e 292-301; OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão...* cit., p. 56; GUARNERI, Giuseppe. *Preclusionione (diritto processuale penale)...* cit., pp. 572-574; CARRATA, Antonio. *Il fondamento...* cit., pp. 15-16.

<sup>521</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Preclusionione (diritto processuale penale)...* cit., p. 574.

O conceito de ônus, assim, veicula uma ideia de *autodeterminação* e *autorresponsabilidade* das partes, que, no exercício de seus direitos processuais, escolhem adimplir ou não os ônus e, conseqüentemente, arcar com as conseqüências daí oriundas<sup>522</sup>. Os ônus processuais, assim, “*são encargos ou ‘pesos’ postos sobre as partes para a realização de atos de sua própria conveniência*”<sup>523</sup>, com o intuito de alcançar uma situação vantajosa no processo (e, conseqüentemente, evitar um prejuízo).

Nesse panorama, a preclusão surge justamente para tornar *definitiva* no processo (como exigência pública) a conseqüência decorrente do *inadimplemento* do ônus (pela livre escolha da parte), qual seja, a *perda* do direito processual associado àquele ônus. Esse balanceamento entre a livre iniciativa das partes e o interesse público no desenvolvimento do processo (isto é, na marcha processual) é apontado com precisão por CONTI, ao afirmar que “*nas reflexões de Bülow e Goldschmidt, o conceito de preclusão, longe de representar um sinal de uma concepção meramente privatística do processo, se coloca na intersecção entre o princípio dispositivo e a função pública do rito civil*”<sup>524</sup>.

Portanto, para as atividades das partes, a definição de *preclusão* deve estar pautada pela ideia de *ônus processuais* – e não de *faculdades processuais*.

<sup>522</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade...* cit., p. 128.

<sup>523</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 237. Para o autor, a relação entre ônus e a conduta das partes se reflete na “*importância da efetiva participação contraditória dos litigantes e definição das conseqüências de suas possíveis omissões. Nessa variação, tem peso muito grande a natureza jurídico-substancial do próprio conflito, pois daí decorre o grau maior ou menor de disponibilidade e, pois, intensidade mais ou menos profunda dos ônus e das conseqüências de seu descumprimento*” (*ibidem*, p. 238). Entre os ônus processuais, o professor aborda o *ônus da prova*, que “*varia de intensidade conforme a natureza do litígio e conseqüente maior ou menor disponibilidade das faculdades e chances processuais. Onde mais se sente o princípio dispositivo, mais presente está o peso desse ônus e as conseqüências praticamente causativas da omissão da prova, no sentido de que, para o juiz ‘fato não provado é fato inexistente’ (regra de julgamento) e, uma vez finda a instrução, as afirmações, omissões e negativas referentes aos fatos de relevância para o julgamento serão interpretadas e confrontadas à luz do resultado da experiência probatória*” (*ibidem*, p. 240).

<sup>524</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *nelle riflessioni di Bülow e Goldschmidt il concetto di preclusione, lungi dal rappresentare il segno di una concezione meramente privatistica del processo, si colloca all’intersezione tra il principio dispositivo e la funzione pública del rito civile*” (CONTI, Carlotta. *La preclusione...* cit., p. 10). No mesmo sentido, TESORIERE aponta que “*desde a sua primeira aparição, o conceito em questão [preclusão] se moveu em uma dimensão requintadamente publicística, constituindo um limite para o poder dispositivo das partes – tradicionalmente ambientado na esfera privatística, e mantido em razão disso de todo livre e incondicional – e constituindo também a expressão de uma exigência de certeza, prevalente sobre aquela mesma de justiça*” – tradução livre do excerto: “[...] *fin dal suo primo apparire, il concetto in parola si è mosso in una dimensione squisitamente publicistica, costituendo un limite per il potere dispositivo delle parti – tradizionalmente ambientato nella sfera privatistica, e mantenuto proprio per questo del tutto libero e incondizionato – e costituendo altresì l’espressione di un’esigenza di certezza, prevalente su quella stessa di giustizia*” (TESORIERE, Giovanni. *Contributo...* cit., p. 12).

#### 2.4.2.2. Juiz e poder-dever

Também com base no raciocínio desenvolvido por SICA<sup>525</sup>, é de se perceber, inicialmente, que as atividades do juiz não se compatibilizam com a ideia de ônus, pelo simples fato de que ele não pratica nenhum ato motivado por um interesse próprio. O juiz não realiza qualquer ato processual visando à obtenção de uma vantagem própria, já que a sua função no processo não se confunde com a das partes, estando totalmente alheio aos interesses delas<sup>526</sup>.

Posto isso, vê-se que o juiz assume apenas uma posição jurídica no processo, qual seja, a do *poder-dever*: “o juiz sujeita as partes a seus poderes, e deve utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em observância dos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso sub iudice e pacificando as partes em litígio”<sup>527</sup>.

Com base nessas ideias do professor paulista, é possível vislumbrar o *poder-dever* do juiz em duas ordens de atuação processual: nas *decisões* proferidas ao longo do processo; e no exercício de sua *iniciativa instrutória*. E é sobre elas que deve se analisar a incidência da preclusão<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 105-107.

<sup>526</sup> Em outras palavras, com base nas ideias de CABRAL, é possível afirmar que o juiz, como *terceiro*, age com *imparcialidade*, excluindo do seu atuar qualquer função que seja das partes; e, também, com *imparcialidade*, isto é, com isenção de ânimo para o julgamento, afastado dos interesses em disputa, em estado de alheação (CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira – coord. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 101 e 105)

<sup>527</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 105-106.

<sup>528</sup> Para SICA, a preclusão para o juiz incide sobre as *questões incidentais*, o que o leva a denominar essa modalidade (em relação ao juiz) de *preclusão sobre questões incidentais* (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 277-279). Segundo o autor, “o conceito de questão acaba por se resumir a um ponto sobre o qual o juiz deverá decidir, valendo-se de seu raciocínio lógico e do seu poder de livre convencimento, e com dever de apresentar motivação” (*ibidem*, p. 190). O conceito de *questão incidental*, por sua vez, abarca “todas as etapas necessárias para que o mérito da pretensão seja enfrentado, incluídas todas as questões de cunho processual pelas quais deve passar o juiz antes de chegar no mérito (prejudicial ou não) e as próprias questões de fato e de direito que antepõem-se como fundamentos necessários para que se atinja uma solução final para a lide exposta em juízo. Logo se vê que essa categoria é bastante ampla, e se subdivide em questões incidentais de mérito e questões incidentais processuais, e podem ser elas prejudiciais ou não” (*ibidem*, p. 194).

Isso, contudo, não significa que toda decisão se submeta à incidência da preclusão: como será visto no item 4.3 *infra*, há decisões que, em razão da matéria nelas versada, não precluem para o juiz<sup>529</sup>.

### 2.4.3. *Proposta de acomodação do conceito de preclusão*

Recapitulando as ideias expostas nas duas etapas deste item 2.4, tem-se que: *a)* é possível extrair uma ideia fundamental do conceito chiovendiano de preclusão, a qual comporta duas ressalvas: *a.1)* dentre as modalidades de preclusão, a *consumativa* deve ser reafirmada e a *temporal* deve englobar a hipótese de superação de uma *fase* do processo; *a.2)* a expressão “*faculdade processual*” não é a mais adequada para as atividades das partes e do juiz; *b)* é necessário distinguir a incidência da preclusão para as *partes* e para o *juiz*, uma vez que ostentam posições jurídicas distintas no processo; *b.1)* as atividades processuais das partes que podem sofrer a incidência da preclusão são os *ônus*, cuja essência reside no *imperativo do próprio interesse*, de modo que o seu adimplemento gera uma vantagem processual e, vice-versa, o seu inadimplemento gera uma situação de desvantagem processual, consistente na *perda* do direito processual causada pela *preclusão*; *b.2)* a posição jurídica do juiz no processo se resume ao *poder-dever*, que, para incidência da preclusão, pode ser vislumbrado em duas hipóteses: nas *decisões* proferidas ao longo do processo e no exercício da *iniciativa instrutória*.

Concatenando essas ideias, e tendo como base aquela ideia fundamental de CHIOVENDA, pode-se chegar à seguinte proposta de acomodação:

*Preclusão é a perda, ou extinção, ou consumação de um ônus processual (para as partes) ou de um poder-dever (para o juiz) que pode ocorrer em razão: a) da prática anterior de um ato logicamente incompatível com aquele que se pretende realizar (preclusão lógica); b) de já ter sido anteriormente praticado o mesmo ato que se pretende*

---

<sup>529</sup> Sobre esse ponto, afirma SICA que “o número de matérias livres da preclusão é vastíssimo, muito maior do que o número de casos em que se aplica a regra preclusiva geral. Isso se deve, contudo, a duas circunstâncias básicas: a primeira é a de que a esmagadora maioria das decisões proferidas no curso do processo versa matéria processual; e a segunda é a de que as normas processuais são, salvo raríssimas exceções, normas cogentes, em que impera o interesse público (como, aliás, em todas as normas de ‘ramos públicos’ do Direito, por assim dizer, como é o processo civil). Isso não afeta, contudo, a premissa básica da qual partimos: como regra, o juiz não pode se retratar de suas decisões” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão... cit.*, p. 252).

*realizar (preclusão consumativa); ou c) da não-observância do prazo ou da fase processual previstos em lei para a prática do ato processual (preclusão temporal).*

Nessa proposta de acomodação do conceito de preclusão, destacam-se os seguintes aspectos: *i)* separação entre a preclusão que incide nas atividades das partes (ônus processuais) e nas do juiz (poderes-deveres); *ii)* acréscimo da hipótese de superação de fase processual como modalidade de preclusão temporal; *iii)* possibilidade de incidência de qualquer modalidade de preclusão (inclusive temporal) para as atividades do juiz (pois, como será demonstrado no capítulo 4 *infra*, a iniciativa instrutória do juiz sofre a incidência da preclusão temporal por fase, com o término da fase instrutória).

Como se vê, essa proposta de definição cabe tanto para o processo penal como para o processo civil. A diferença da preclusão nesses dois campos, portanto, ocorre não pela definição, mas sim pela medida de sua incidência (isto é, pelo rigor preclusivo nas atividades das partes e do juiz em cada âmbito processual).

É a partir dessa definição que será analisada a incidência da preclusão no direito à prova exercido no âmbito do processo penal.

Antes disso, contudo, faz-se necessária uma análise do *risco* da preclusão, consubstanciado no binômio *reconstrução dos fatos x tempo*, que possibilitará formular uma proposta de critério para o excepcional afastamento da preclusão na atividade probatória exercida pela defesa no processo penal.



### 3. A PRECLUSÃO COMO RISCO CALCULADO

Vistos os principais contornos do direito à prova e a sua importância para a reconstrução dos fatos no processo penal (capítulo 1 *supra*), bem como o tratamento conferido pela doutrina processual à preclusão, compreendida inclusive como técnica para o desenvolvimento ordenado do processo (capítulo 2 *supra*), é possível vislumbrar um núcleo essencial da preclusão: o *risco* assumido pela ponderação entre *reconstrução dos fatos e tempo*.

Como será exposto abaixo, vários estudos processuais sobre a preclusão apontaram, com maior ou menor ênfase, a dicotomia entre o interesse na obtenção da “verdade” e a necessidade de “rapidez” do processo. De todas essas lições será possível extrair um núcleo essencial, desenvolvido a partir de precisa lição de DINAMARCO: o *risco calculado* da preclusão<sup>530</sup>. Esse *risco* é composto pela medição de duas exigências contrastantes: de um lado, o *melhor acerto fático possível*; de outro, a *maior rapidez possível do processo*. Não se trata de *equilíbrio* entre essas duas exigências, mas sim de um *peso* atribuído a cada uma delas. Daí se poder afirmar que, não obstante esse *risco* se revele tanto para o processo penal como para o processo civil, o *peso* de cada exigência variará em cada um deles. Por isso, essas duas exigências não se equilibram, em uma relação de igual para igual. Na verdade, a *medida* dessa ponderação entre elas será decorrência dos interesses em jogo em cada âmbito processual (civil e penal).

O núcleo essencial da preclusão, repita-se, é o mesmo para ambos os campos; o que irá variar é o cálculo desse risco – variação essa, inclusive, que será decorrente não apenas dos diversos campos processuais, mas também dos diversos ordenamentos jurídicos, diante das escolhas políticas feitas pelo legislador, ao longo do tempo, para adotar um regime preclusivo mais ou menos rígido em determinado campo processual.

Apontar esse núcleo essencial da preclusão é importante não apenas para a melhor compreensão dessa técnica processual, mas também – e principalmente para os fins da presente pesquisa – para se alcançar um critério para análise de afastamento da preclusão no exercício do direito à prova pela defesa no processo penal. Como será apontado no item

---

<sup>530</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290.

3.3 *infra*, no processo penal a incidência do princípio constitucional da *ampla defesa* (art. 5º, LV, da CF) no regime preclusivo probatório *possibilita o afastamento* da preclusão para a atividade probatória exercida pela *defesa*. Em outras palavras, em decorrência do apontado princípio constitucional, há um interesse público (que é uma escolha política, positivada na e assegurada pela Constituição) no melhor acerto fático possível para a defesa, com o intuito não só de evitar uma condenação injusta, mas também de tutelar a liberdade do indivíduo, ameaçada pelo poder (penal) estatal. Daí a importância da análise do *risco* da preclusão, a fim de que se possa propor um critério ao magistrado para que, no caso concreto, diante do cálculo entre as duas exigências que compõem o risco (melhor acerto fático possível e rapidez processual), possa decidir se afasta ou não a incidência da preclusão para a defesa em um determinado ato processual de exercício do direito à prova pela defesa.

Feita essa introdução, passa-se para a exposição dos principais argumentos colocados pela doutrina sobre a dicotomia entre “verdade” e tempo (ou “rapidez”). Esse será o ponto de partida para, na sequência, com apoio na percutiente lição de DINAMARCO, extrair-se o núcleo essencial da preclusão, pela ideia de *risco calculado*, analisando-se cada uma das exigências que o compõem. Sistematizada essa ideia essencial, chegar-se-á no binômio *reconstrução dos fatos versus tempo*, como critério para análise de afastamento da preclusão na atividade probatória pela defesa no processo penal.

### **3.1. A preclusão como expressão do conflito entre “verdade” e “rapidez”: notas da doutrina processual**

Desde as primeiras lições da doutrina processual (civil e penal) sobre a preclusão, apontou-se a dicotomia que compõe o risco ora sistematizado.

No início da década de 1950, RICCIO, um dos pioneiros no estudo do tema, afirma, ao discorrer sobre a preclusão e o processo, que:

[...] tanto no processo penal, como no civil, estão em jogo duas exigências contrastantes: de uma parte há o interesse ao alcance da verdade, o que aconselha a dar ensejo a todo momento a qualquer pedido ou dedução ou exceção, podendo sempre vir ao juiz novos elementos de convicção; de outra parte, há o interesse à rapidez, à boa fé e à economia

processual, o qual leva necessariamente a se prescrever uma ordem e uma coordenação entre os atos processuais<sup>531</sup>.

Posteriormente, GUARNERI transcreve quase que *ipsis litteris* as palavras de RICCIO, apontando-as também como as “*duas exigências contrastantes*” que o legislador deve levar em consideração para a escolha da “*solução ótima*”<sup>532</sup>. Na sequência, afirma que a solução geralmente adotada “*não consiste na adoção integral de um ou de outro dos opostos princípios da liberdade ou da preclusão, mas em dar prevalência a uma exigência liberal ou dirigística*”<sup>533</sup>. Com isso, conclui: “*o fato é que o Estado tem necessidade de justiça, mas é também de inderrogável necessidade que o processo penal se desenvolva o mais rapidamente e o mais ordenadamente possível*”, o que leva à “*adoção, em maior ou menor medida, do princípio da preclusão*”<sup>534</sup>.

Postas essas ideias, o professor da Universidade de Parma explica que a adesão à essa medida preclusiva (em maior ou menor intensidade) “*depende sem dúvida e sobretudo dos critérios políticos em que se inspira o legislador*”<sup>535</sup>, consignando que a evolução histórica do processo penal revela como a sua estrutura interna é condicionada à ideologia política.

No mesmo *Digesto* em que foram publicadas tais ideias, também ANDRIOLI, ao discorrer sobre a preclusão no processo civil, afirma, com vistas ao ordenamento jurídico italiano de então, que:

[...] no princípio de preclusão deve se reconhecer a prevalência da aspiração à certeza sobre a aspiração à justiça; e essa razão justificadora explica as críticas que lhe são dirigidas a todo tempo por quem reconhece

<sup>531</sup> Tradução livre do excerto: “*Anche nel processo penale, come in quello civile, si trovano in giuoco due esigenze contrastanti: da una parte vi è l’interesse al raggiungimento della verità, il quale consiglia di dar adito in ogni momento a qualsiasi richiesta o deduzione o eccezione, potendo sempre venire al giudice nuovi elementi di convinzione; d’altra parte v’è l’interesse alla rapidità, alla buona fede ed alla economia processuale, il quale porta necessariamente a prescrivere un ordine ed un coordinamento tra gli atti processuali*” (RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 7).

<sup>532</sup> GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale). In AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, p. 571.

<sup>533</sup> Tradução livre do excerto: “*La soluzione che viene di volta in volta adottata non consiste nell’adozione integrale dell’uno o dell’altro degli opposti principi della libertà o della preclusione, ma nel dare prevalenza ad una esigenza liberistica o dirigistica*” (*ibidem*, p. 571).

<sup>534</sup> Tradução livre do excerto: “*Il fatto è che lo Stato ha bisogno di giustizia, ma è anche inderogabile necessità che il processo penale si svolga il più rapidamente e il più ordinatamente possibile, onde l’adozione, in maggiore o minore misura, del principio preclusivo*” (*ibidem*, p. 571).

<sup>535</sup> Tradução livre do excerto: “*L’adesione più o meno estesa ad esso dipende indubbiamente e innanzitutto dai criteri politici cui si ispira il legislatore*” (*ibidem*, p. 571).

aí um atentado à justiça, e conduziram, no campo do processo civil, à reforma de 1950 e, no campo do processo penal, à reforma de 1955<sup>536</sup>.

Na década de 1980, TESORIERE, com base nas ideias de ANDRIOLI, também indica que “*o conceito chiovendiano de preclusão repete do modelo germânico sobretudo o caráter publicístico, que o torna idôneo a satisfazer às necessidades de certeza de preferência às necessidades de justiça*”<sup>537</sup>.

Ainda na doutrina italiana, LOZZI entende que a preclusão é “*uma expressão do conflito entre acertamento da verdade histórica e economia processual*”<sup>538</sup>. Após transcrever o argumento acima mencionado de ANDRIOLI, LOZZI toma a referência à “justiça” como “*acertamento da verdade histórica*”, que, por sua vez, “*reclamaria a ausência de qualquer limite preclusivo, com possibilidade (para fins de uma pesquisa mais profunda) de regressão do processo a fases e graus antecedentes*”<sup>539</sup>.

Mais recentemente, CARRATA pontua que não há dúvidas de que “*na escolha a favor do sistema preclusivo jogam sobretudo exigências de duração razoável do processo, que inevitavelmente impactam sobre a qualidade do acertamento*”<sup>540</sup>.

No cenário brasileiro, a doutrina processual também se inclina por esse entendimento.

<sup>536</sup> Tradução livre do excerto: “*Nel principio di preclusione deve ravvisarsi la prevalenza dell’aspirazione alla certezza sull’aspirazione alla giustizia e questa sua ragione giustificatrice spiega le critiche, che gli sono state in ogni tempo rivolte da chi vi ha ravvisato un attentato alla giustizia, ed hanno condotto, nel campo del processo civile, alla riforma del 1950 e, nel campo del processo penale, alla riforma del 1955*” (ANDRIOLI, Virgilio. Preclusione (diritto processuale civile). In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, p. 568).

<sup>537</sup> Tradução livre do excerto: “*Il concetto chiovendiano di preclusione ripete dal modello germânico soprattutto il carattere publicístico, che lo rende idôneo a soddisfare esigenze di certezza piuttosto che esigenze di giustizia*” (TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983, p. 29).

<sup>538</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *una espressione del conflitto tra accertamento della verità storica ed economia processuale*” (LOZZI, Gilberto. Preclusione – II) Diritto processuale penale. In: *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007, p. 2).

<sup>539</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *richiederebbe l’assenza di ogni limite preclusivo, con possibilità (ai fini di una più approfondita indagine) di regressione del processo a fasi e gradi antecedenti*” (*ibidem*, p. 2).

<sup>540</sup> Tradução livre do excerto: “*Ma è altrettanto indubbio che nella scelta a favore del sistema preclusivo giocano soprattutto esigenze di ragionevole durata del processo, che inevitabilmente impattano sulla qualità dell’accertamento*” (CARRATA, Antonio. Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile. In: MARAFIOTI, Luca; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale*: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 20).

Assim, FERREIRA FILHO aborda a questão sob a perspectiva de “*duas necessidades fundamentais da sociedade: certeza e estabilidade das relações jurídicas*”, ou, em outras palavras, “*um processo rápido e uma sentença justa*”. Afirma, então, que “*estes dois ideais, no entanto, apresentam-se antagônicos: quanto mais oportunidades forem concedidas às partes para apresentarem suas razões e provas, mais possível será a obtenção de uma sentença justa*”. Isso, contudo, “*desatende à necessidade de que o processo se desenvolva com a maior rapidez possível*”<sup>541</sup>.

Nesse cenário – prossegue o autor – a preclusão surge como instituto “*para tornar o processo mais rápido, impondo ao procedimento uma rígida ordem entre as atividades que o compõem*”. Daí, analisada a preclusão sob o apontado choque entre os ideais de *processo rápido e sentença justa*, conclui que “*o instituto da preclusão, por visar à celeridade do processo, é totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão*”, de modo que “*o que se pretende com a preclusão é apenas abreviar ao máximo possível a duração do processo, pouco importando que isto implique em uma sentença injusta*”<sup>542</sup>.

Da mesma maneira, SICA constata que “*tomando-se em análise somente a preclusão dirigida à atividade das partes, já se demonstra que a busca de rapidez e a segurança são incompatíveis com a incessante procura de justiça das decisões*” – consignando, outrossim, que “*esse mesmo dilema se põe diante da preclusão dirigida às questões incidentais*”<sup>543</sup>.

Por fim, pode-se apontar o escólio de YARSHELL, que, ao abordar o ônus da prova, afirma com precisão que:

[...] dentro do processo sabe-se que a questão do tempo é equacionada mediante o estabelecimento de preclusões que garantem o avanço e impedem o retrocesso. No caso da prova, por mais que a busca da verdade seja desejável para a edição de decisões justas, há um limite temporal para a atividade de instrução. Sua observância – não apenas pelas partes, mas igualmente pelo órgão julgador, ao eventualmente

<sup>541</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, pp. 12-13.

<sup>542</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>543</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 309.

tomar a iniciativa da prova – é relevante, na medida em que, sob o ângulo do escopo social, o que se quer é eliminar a controvérsia<sup>544</sup>.

Portanto, das lições acima transcritas, constata-se que a doutrina é assente em apontar uma dicotomia ínsita à preclusão entre “verdade” (ou “justiça” ou “acertamento”) e “rapidez” (ou “segurança” ou “certeza”, compreendidas no sentido de *tempo* para se alcançar a estabilidade jurídica). Malgrado existam algumas variações entre os termos utilizados por cada um dos autores mencionados, percebe-se que, na essência dos argumentos, todos partilham de uma mesma noção: há duas *exigências* no processo que são *colidentes* entre si – a saber, o *melhor acertamento fático possível* e a *rapidez processual*. Pela primeira, busca-se alcançar uma decisão “justa”, ao passo que, pela segunda, o objetivo é que o processo se desenvolva e chegue ao seu fim da maneira mais célere possível. E, nesse conflito, a preclusão exsurge como *técnica* para *ponderar* essas duas exigências, conferindo um *peso* a cada uma delas.

A preclusão, assim, tenta conciliar essas duas exigências, para que ambas coexistam no espaço processual. Como visto acima, alguns processualistas afirmam que, nessa ponderação, prevalece a exigência de “certeza”, isto é, de celeridade no processo. A afirmação, de certo modo, está correta, pois, em geral, o processo não regride, não retrocede a fases ou a graus anteriores em busca de um melhor acertamento fático. Contudo, ela não pode ser generalizada e tampouco ser tomada como absoluta, pois, como apontado com muita precisão por GUARNERI, a medida da preclusão depende de cada processo que se cuida (se civil ou penal, por exemplo) e, inclusive, das escolhas políticas que nortearam o legislador na regulamentação legal de cada processo<sup>545</sup>.

Assim, extraída essa noção comum aos processualistas, tentar-se-á promover a sua sistematização. Para tanto, será de grande valia a leitura que DINAMARCO faz da preclusão como *risco calculado*: essa ideia pode servir de núcleo para a sistematização dessa dicotomia, extraindo-se, daí, um refinamento terminológico na definição das exigências que são ponderadas pela técnica da preclusão.

---

<sup>544</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106.

<sup>545</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Preclusione (diritto processuale penale)*... cit., p. 571.

### 3.2. O risco da preclusão: ponderação do binômio *reconstrução dos fatos versus tempo*

A proposta de sistematização será construída pela conjunção entre a ideia essencial da preclusão (depreendida no item 3.1 *supra*) com a ideia de preclusão como *fonte de risco* (extraída de DINAMARCO). Assim, antes de se chegar à proposta, é importante contextualizar a citada ideia do professor paulista, para que a precisão e o acerto de seu argumento fiquem mais claros.

#### 3.2.1. *Preclusão como risco: concepção de DINAMARCO*

Na tese *A instrumentalidade do processo*, com a qual DINAMARCO obteve a cátedra de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o autor discorre sobre a importância do processo como *instrumento* voltado à tutela de valores da ordem político-constitucional e jurídico-material<sup>546</sup>. Assim, como instrumento, o processo possui objetivos a serem alcançados, consubstanciados em escopos, que revelam o grau da utilidade do processo<sup>547</sup>. Tais escopos são de ordem social, política e jurídica<sup>548</sup>, sendo que o mais elevado escopo das atividades jurídicas do Estado é o de *eliminar conflitos mediante critérios justos*<sup>549</sup>.

No capítulo sobre “*escopos do processo e técnica processual*”, o professor paulista dedica um item para discorrer sobre o “*equilíbrio de exigências conflitantes*”, no qual, em suma, trata do conflito entre o *conhecimento* para a “*busca da verdade*” (que “*é busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado*” e “*tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição*”) com o “*escopo social de pacificar*”<sup>550</sup>. Nesse contexto, o autor afirma com precisão que:

[...] o conhecimento não tem valor absoluto e as exigências de bem conhecer cedem ante certas situações em que a sua radicalização viria a prejudicar os bons resultados do exercício da jurisdição; o compromisso com a verdade, que é glória da boa técnica

<sup>546</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 23.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>548</sup> *Ibidem*, pp. 365-367.

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 277.

processual, será motivo de sua miséria quando levado a extremos indesejáveis<sup>551</sup>.

Um dos “extremos” apontados pelo autor reside no tempo: afinal,

[...] sabe-se que a busca da verdade, na instrução processual, toma tempo; e que o passar do tempo, além de sujeitar a riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar<sup>552</sup>.

Daí a precisa constatação de que, nesse conflito entre *conhecimento e tempo*,

[...] a boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora<sup>553</sup>.

Não há como se concluir esse raciocínio que não pelas próprias (e percucientes) palavras de DINAMARCO:

De um modo geral, todo empenho em aperfeiçoar o conhecimento (contraditório, instrução, recursos) favorece o encontro da verdade e, com isso, é fator de fidelidade à vontade concreta da lei. Liga-se, portanto, ao escopo jurídico de atuação desta. De outra parte, as concessões feitas em detrimento desse ideal de fidelidade visam a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso, concorrem para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo. Troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida<sup>554</sup>.

Feito esse raciocínio, o autor passa, então, a discorrer sobre “*certeza, probabilidade e risco em direito processual*”; e, dentro disso, no tópico sobre o processo de conhecimento, conceitua a preclusão como *risco*.

Nesse ponto é que vem a arguta afirmação de que:

as preclusões constituem, pois, fontes de riscos quanto à fidelidade do produto final do processo de conhecimento ao escopo jurídico do exercício da jurisdição, na medida em que a não efetividade do

<sup>551</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 273.

<sup>552</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>554</sup> *Ibidem*, pp. 278-279.

contraditório é prejudicial à perfeição do conhecimento; por isso é que, em processo penal, menor é o rigor das preclusões quanto ao acusado<sup>555</sup>.

Ocorre que, além da tônica do *conhecimento*, o *risco* da preclusão também está relacionado ao *tempo*. Daí a constatação de que “*toda preclusão é ligada à ideia de obter um processo célere (embora nem sempre só a isso) e aí reside uma opção do legislador pelo risco calculadamente assumido*”<sup>556</sup>.

Vê-se, assim, que o professor paulista considera a preclusão como um *risco calculado*, que pondera, de um lado, a exigência de *conhecimento* (“busca da verdade”) e, de outro, a exigência de *celeridade* do processo.

Esse binômio fica claro páginas à frente, quando o autor trata do aspecto positivo da instrumentalidade e da efetividade do processo:

O sistema de preclusões e a aceitação de pontos da afirmação do adversário [...] são fatores de enfraquecimento do processo, do ponto de vista de sua efetividade, sempre que esta fosse considerada somente com vista ao escopo de atuação da vontade do direito. Mas é legítimo esse desvio, contudo, em face da realidade social do conflito ou das próprias limitações do sistema: ou porque a parte optou pela não-participação, ou porque a precariedade do seu chamamento a juízo fosse inevitável, o processo acaba por se desviar da busca do escopo jurídico, mas isso é plenamente compatível com o sistema. Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto de vista jurídico<sup>557</sup>.

Portanto, pelas ideias transcritas, é possível depreender a concepção de *preclusão como risco calculado*: é um *risco* pois, ao lidar com duas exigências contrastantes (*melhor conhecimento possível e celeridade processual*), representa uma probabilidade de insucesso quanto a uma ou outra delas; e é um *risco calculado* porque é reflexo da *ponderação* de tais exigências feita deliberadamente pelo legislador na lei processual.

---

<sup>555</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 290.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 290, nota de rodapé nº 77.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 338.

Depreendida essa ideia das lições de DINAMARCO, passa-se, então, à proposta de acomodação do conceito, a fim de se explorar o seu conteúdo com maiores detalhes, inclusive sob a perspectiva do processo penal.

### 3.2.2. *Proposta de acomodação: preclusão como risco calculado*

A ideia de *risco* está atrelada à tomada de uma decisão para obtenção de certa vantagem e/ou evitar uma perda. Não se trata de uma questão de *custos*, que podem ser calculados previamente e ponderados com a obtenção da vantagem, mas sim de uma decisão da qual o indivíduo pode se arrepender caso lhe ocorra um dano que justamente esperava evitar com essa decisão (e com essa assunção de *risco*). Daí que o cálculo de um *risco* tem por finalidade reduzir ao mínimo esse arrependimento<sup>558</sup>. A decisão referente a um risco tenta, de certa maneira, controlar o tempo, mesmo que não seja possível conhecer de maneira suficiente o futuro, muito menos o futuro decorrente das próprias ações<sup>559</sup>.

Por uma visão racionalista da questão, parte-se da premissa de que as perdas devem ser evitadas ao máximo. Como essa máxima, por si só, restringiria por demasiado o espectro de ações, deve-se permitir o *risco*: isto é, devem ser permitidas ações que podem (em princípio) causar perdas evitáveis, desde que a estimativa do possível grau de perda se mostre aceitável<sup>560</sup>.

Com isso, verifica-se que o *risco* (como consequência futura) está ligado a uma *decisão* (tomada no presente) que pode gerar um dano contingente, isto é, evitável. Nesse ponto, a definição do conceito de risco prescinde do conhecimento do tomador da decisão sobre essa possibilidade de perda; o que importa, apenas, é que a perda seja compreendida como uma contingência, na medida em que poderia ser evitada<sup>561</sup>.

Posto isso, a compreensão da preclusão como risco amolda-se à ideia de que o processo veicula uma série de riscos. Como aponta GLOECKNER,

---

<sup>558</sup> LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. Berlin; New York: de Gruyter, 1993, p. 11.

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>561</sup> *Ibidem*, p. 16.

Os riscos emanam de cada atuar, seja em ouvir ou não ouvir determinada testemunha, produzir ou não produzir determinado documento. Se toda decisão envolve risco e o processo lida com decisões, o risco se torna inafastável. Por isso, não podemos esquecer que todo agir processual está permeado de riscos<sup>562</sup>.

Assim, partindo da premissa de que “*o risco compõe um elemento não acidental, mas inerente ao processo*”<sup>563</sup>, é possível vislumbrar a preclusão como um dos tantos *riscos* que compõem o processo – sendo que esse risco da preclusão lida, especificamente, com as duas exigências (contrastantes) de *melhor acerto fático possível e celeridade processual*.

Daí que, como *risco calculado*, a preclusão pode ser definida como um *perigo* (de um pior acerto fático ou de um processo demorado) assumido de maneira *consciente e premeditada* pelo legislador, que, em cada campo processual, pondera essas duas exigências, atribuindo um peso a cada uma delas. Com isso, evita-se que o processo chegue a um ou outro extremo.

Todavia, como são exigências colidentes, o processo nunca poderá satisfazer *totalmente* uma delas. Por isso é importante frisar que, vista a preclusão como *risco*, há que se pensar em um juízo de *ponderação* – e não de *equilíbrio*. Isto é, a cada uma das exigências será atribuído um *peso*, maior ou menor a depender do campo processual e das escolhas ideológicas e políticas a ele inerentes. É da conjugação desses pesos que se chegará a uma equação final, cujo resultado é a preclusão.

Repita-se o ponto: as exigências são *conflitantes*, pois o incremento de uma necessariamente acarreta a diminuição da outra – por exemplo, privilegiar-se o melhor acerto fático possível demanda tempo, de maneira a aniquilar a exigência de celeridade processual. Por isso, mais que colidentes, tais exigências eliminam uma à outra: se o processo for o mais rápido possível, o acerto fático será o pior possível; e se o acerto fático for o melhor possível, o tempo do processo será o mais demorado que se poderia imaginar. Daí ser impossível imaginar que, em um plano abstrato, elas pudessem atingir uma relação de *equilíbrio*.

---

<sup>562</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 293.

<sup>563</sup> *Ibidem*, p. 293.

Ora, se em um plano abstrato esse equilíbrio já se mostra impossível, tampouco isso ocorrerá no plano concreto, pois os interesses em jogo no processo civil e no processo penal influenciam diretamente na relação entre essas exigências, de modo a se conferir maior ou menor peso a cada uma delas em cada campo processual. Via de regra, é possível vislumbrar que, no processo penal (desde que não inserido em um regime totalitário), a exigência de um melhor acerto fático terá peso maior que o da celeridade processual<sup>564</sup>.

Outrossim, é importante fazer um esclarecimento terminológico sobre a proposta de acomodação em tela. Afirma-se aqui que a preclusão representa um *risco calculado*. Esse *risco*, por sua vez, é composto pelo choque de duas *exigências*: de um lado, o melhor acerto fático possível (ou, em outras palavras, a melhor reconstrução dos fatos possível); de outro, a rapidez (ou, igualmente, celeridade) processual. Para simplificar a referência a esse risco (e ao seu conteúdo), pode-se dizer que o *risco* da preclusão é composto por dois fatores: *reconstrução dos fatos* e *tempo*; e que desses fatores decorrem as exigências de *melhor reconstrução dos fatos possível* e de *celeridade processual*.

Com isso, simplifica-se a abordagem terminológica da questão ora colocada: a preclusão representa um *risco calculado* entre dois *fatores*: *reconstrução dos fatos* e *tempo*. Isso equivale a dizer que a preclusão representa um *risco calculado* entre duas *exigências* do processo: melhor reconstrução possível dos fatos e celeridade processual. Em outras palavras, as exigências de melhor reconstrução possível dos fatos e celeridade processual são extraídas, respectivamente, dos fatores reconstrução dos fatos e tempo.

A referência aos termos *risco* e *fatores* simplifica a abordagem conceitual da preclusão sob essa perspectiva. Daí, com o aprofundamento da análise sobre esse risco, chega-se ao conflito entre as exigências decorrentes de tais fatores.

---

<sup>564</sup> Uma exceção pode ser desde já apontada no processo penal brasileiro: o rito sumaríssimo, em que, por expressa disposição legal, o processo é orientado – entre outros – pelos critérios de simplicidade, *economia processual* e *celeridade* (art. 2º da Lei nº 9.099/95). Aqui, por uma escolha (política) do legislador, no *risco* da preclusão a exigência de *rapidez processual* terá peso maior (se comparado com o peso conferido à essa exigência no rito ordinário).

Por um ou outro jeito, estar-se-á falando da mesma coisa. Esclarece-se a citada abordagem terminológica apenas com o intuito de se facilitar a referência à preclusão sob o prisma de *risco*.

Posto isso, passa-se à explanação sobre cada um dos fatores (e correlatas exigências) que compõem o *risco* da preclusão, abordando-se, inclusive, os contornos específicos que assumem no processo penal.

### 3.2.2.1. *A reconstrução dos fatos e o melhor acerto fático possível*

A *reconstrução dos fatos*, como fator componente do *risco* da preclusão, está diretamente relacionada com a aplicação da lei no caso concreto. Independente de se tratar de processo civil ou penal, é indubitável que a sentença (como ato final do processo) veicula um juízo de subsunção do fato à norma, pelo qual o magistrado avalia as afirmações deduzidas pelas partes no processo para, então, verificar se elas se amoldam a uma hipótese legal. E esse juízo de subsunção depende da *demonstração* das afirmações deduzidas pelas partes, é dizer: o magistrado somente terá condições de aplicar concretamente a lei (ou, na expressão de DINAMARCO, a “*vontade concreta do direito*”<sup>565</sup>) se dispuser de elementos de prova que possam embasar a sua decisão (pela aplicação ou não da hipótese legal no caso concreto).

Daí advém a importância da reconstrução dos fatos no processo (que se dá por meio da *prova*): não há como se aplicar a vontade concreta da lei sem que se proceda ao acerto fático. A atuação da lei somente será concreta se dispuser de elementos probatórios que permitam analisar se a afirmação deduzida pelas partes pode ou não ser considerada demonstrada, à luz de determinada hipótese legal abstrata.

A constatação pode parecer óbvia, mas é importante que seja frisada: o processo sem a reconstrução dos fatos seria mera discussão jurídica abstrata, sem utilidade social alguma. De nada adiantariam as previsões legais se não houvesse o processo para servir de palco à reconstrução dos fatos que podem se amoldar às hipóteses legais abstratas. O

---

<sup>565</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 246.

acertamento fático, assim, é o imprescindível elo de ligação entre a previsão abstrata da lei e a concretização da vontade do Direito.

Por outra perspectiva, também é possível constatar a importância da reconstrução dos fatos.

Pelas ideias acima expostas, é possível inferir que a lei atua por meio do processo, ou seja, que a vontade da lei somente pode se concretizar no mundo real por meio do processo e, principalmente, por meio da reconstrução dos fatos nele operada. Assim, é por meio do processo que se veicula o exercício do poder estatal. Mais que isso, levando-se em consideração que o direito processual é a “*disciplina do exercício do poder estatal mediante atos imperativos*”<sup>566</sup>, o processo, mais do que veicular, *controla* o poder estatal, na medida em que condiciona a sua concretização (isto é, a aplicação da vontade concreta da lei) a uma disciplina previamente estabelecida.

Nesse contexto, o controle do poder estatal se dá também pela reconstrução dos fatos operada no processo: o acertamento fático é pressuposto para a aplicação da vontade concreta da lei, pois, do contrário, a hipótese legal (abstrata) não conseguiria surtir efeitos no mundo dos fatos.

Daí decorre a outra perspectiva de importância da reconstrução dos fatos, como *forma de controle do poder estatal*: é por meio do acertamento fático que se condiciona (e se controla) a concretização da vontade da lei (que nada mais é do que uma forma de poder do Estado). Se não fosse o acertamento fático, o poder seria exercido arbitrariamente, sem limites, com base apenas nas disposições abstratas e sem aderência à realidade.

Com isso, constata-se a importância do *fator* reconstrução dos fatos no processo. Dada a sua relevância, esse fator leva à *exigência* de melhor acertamento fático possível, pois, quanto melhor ele for, maiores as chances de se aplicar corretamente a lei (e de se melhor controlar o exercício do poder estatal) no caso concreto. Em outras palavras, o melhor acertamento fático possível conduz a uma decisão mais justa possível.

---

<sup>566</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...* cit., p. 96. Para o autor, “*em um conceito mais amplo que o de processo jurisdicional, direito processual estatal é a disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados*” (*ibidem*, p. 84).

Essa exigência, contudo, não é absoluta: privilegiar-se o melhor acerto fático possível aniquilaria a exigência de rapidez processual, uma vez que, se levada ao extremo, a atividade instrutória (que, por si, já é demorada) pode acarretar um prolongamento excessivo do processo. É dizer, o acerto fático demanda tempo; e quanto mais se privilegia o acerto fático (para que ele seja o melhor possível), mais o processo demorará.

Nesse panorama, a medida (isto é, o *peso*) da exigência de melhor acerto fático possível dependerá do *standard* de prova exigido em cada campo processual para que o juiz supere o estado de dúvida e, então, possa aplicar a lei no caso concreto. A depender dos interesses em jogo, esse *standard* será maior ou menor: quanto maior o interesse público dos valores em jogo no processo, maior será o *standard* de prova exigido para que o juiz concretize a vontade da lei; e vice-versa.

Os *standards* probatórios também são referidos pela doutrina como *modelos de constatação*, compreendidos como critérios para que se possa formular um juízo sobre a demonstração (ou não) de uma proposição no processo<sup>567</sup>. Em outras palavras, pelos *modelos de constatação* se estabelecem critérios que escalonam os graus de probabilidade no processo judicial (que se refletem, inclusive, na decisão judicial sobre as proposições deduzidas no processo), de modo a representar “*uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório*”<sup>568</sup>.

Nesse ponto, KNIJNIK aponta quatro modelos de constatação<sup>569</sup>, que, em ordem crescente de grau probabilístico, são: *i) preponderância de provas* (aplicado no “processo civil comum”), em que “*a análise consiste em dar por provado o que é ‘mais provável que do que não’*”, sendo que o *quantum* de prova é o mesmo para autor e réu<sup>570</sup>; *ii) prova clara e convincente* (aplicado em “processos civis especiais”, v.g., ação de destituição de pátrio poder e ação de improbidade administrativa), considerada como de alta probabilidade<sup>571</sup>;

---

<sup>567</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 34-37; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 435-436.

<sup>568</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...* cit., p. 37.

<sup>569</sup> *Ibidem*, cit., pp. 37-45. Note-se que BADARÓ aponta apenas os três primeiros modelos de constatação (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 436).

<sup>570</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...* cit., p. 38.

<sup>571</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.

iii) *prova além da dúvida razoável* (aplicado no processo penal), que é mais do que altamente provável, estando quase perto do nível de certeza<sup>572</sup>; e iv) *prova excludente de qualquer hipótese de inocência*, aplicado exclusivamente em processos criminais nos quais a prova seja indiciária, veiculando uma ideia de que é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido<sup>573</sup>.

Aplicando tais conceitos no plano concreto, pode-se utilizar o exemplo de FERRER BELTRÁN, segundo quem, no direito anglo-saxão, o *standard* de prova exigido no processo penal é *além da dúvida razoável* (*beyond a reasonable doubt*), ao passo que, no processo civil, é o de *preponderância da prova*<sup>574</sup>.

A escolha sobre o *standard* de prova em cada campo processual não é de ordem epistemológica, mas absolutamente de ordem política<sup>575</sup>: trata-se de uma escolha de valores desejada pelo ordenamento jurídico, isto é, de qual a *medida* de acerto fático que se exige para a concretização da vontade da lei. Por isso é precisa a afirmação de FERRER BELTRÁN:

[...] a determinação do nível de corroboração exigido a uma hipótese fática nos distintos processos judiciais e nas distintas fases desses processos é consequência de uma valoração acerca da distribuição de

<sup>572</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...* cit., pp. 39-41. Sobre esse modelo, explica ZANOIDE DE MORAES que “a doutrina anglo-saxã não analisa a dúvida no processo penal pela ‘preponderância’ das provas apresentadas pelas partes – critério por ela utilizado apenas no processo civil –, mas pela necessidade de que a dúvida impositiva do afastamento da presunção de inocência não seja qualquer dúvida (a mera possibilidade de ocorrência do fato afirmado na imputação), mas seja uma dúvida fundada na razão (‘reasonable doubt’), haja ou não prova defensiva para desconstituir a prova incriminadora” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 474).

<sup>573</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...* cit., pp. 39-41. O autor ressalta que esse modelo, surgido nos Estados Unidos, ainda é de aplicação controvertida naquele país.

<sup>574</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 139-140. O autor prossegue com a explanação dos diferentes *standards* de prova nos processos civil e penal, sustentando que nem sempre os interesses em jogo no processo penal são mais importantes do que aqueles no processo civil – o que impacta na definição dos *standards* de prova. De acordo com o professor da Universidade de Girona, “nas últimas décadas, o recurso ao direito penal para governar a sociedade foi superdimensionado, deixando de ser em boa medida um instrumento de ultima ratio, mas simultaneamente foram ampliados os tipos de sanção penal usados para a motivação das condutas. E isso produz que devem ser repensados também os *standards* de prova”. Com isso, conclui que “talvez resulte razoável operar com distintos *standards* de prova em função do delito de que se trate e da sanção prevista; e na jurisdição civil sucede o mesmo, em função da consequência jurídica prevista pelo direito” – tradução livre do excerto: “En las últimas décadas, el recurso al derecho penal para gobernar la sociedad se ha sobredimensionado, dejando de ser en buena medida un instrumento de ultima ratio, pero simultáneamente se han ampliado los tipos de sanción penal usados para la motivación de las conductas. Y ello produce que deban repensarse también los estándares de prueba en función del delito de que se trate y de la sanción prevista; y en la jurisdicción civil sucede lo mismo en función de la consecuencia jurídica prevista por el derecho” (ibidem, p. 140).

<sup>575</sup> *Ibidem*, pp. 80-83.

erros que se considera admissível, valoração que deve fazer cada sociedade, e não o teórico de direito<sup>576</sup>.

Assim colocadas as ideias, vê-se que o *standard* de prova representa, por si mesmo, um risco – nomeadamente, um *risco de erro*<sup>577</sup>. Isso porque, quanto mais exigente for o *standard*, maior será a probabilidade de *falsos negativos* (isto é, de decisão que declare não provada a hipótese, sendo ela verdadeira) e menor a de *falsos positivos* (é dizer, de decisão declare provada a hipótese, sendo ela falsa); e vice-versa<sup>578</sup>. Consequentemente, esse *risco de erro* do *standard* probatório se reflete na exigência de melhor acerto fático: quanto maior o *standard*, maior será a exigência do melhor acerto fático possível, para que, na decisão, o juiz possa superar o nível de convencimento estabelecido na lei processual.

Assim, como o *standard* de prova está diretamente ligado à exigência de melhor acerto fático possível, necessário traçar algumas linhas sobre o *standard* probatório no processo penal, a fim de que se possa compreender qual o peso da citada exigência no equacionamento da preclusão no processo penal.

### 3.2.2.1.1. Contornos específicos no processo penal

Tendo em vista que o processo veicula e controla o exercício do poder estatal, especificamente no processo penal isso se reflete no controle do poder *punitivo*. Como explanado no item 1.1 *supra*, em uma sociedade democrática o exercício do poder punitivo pelo Estado condiciona-se, legitima-se e justifica-se por meio do processo penal, na medida em que é por ele (processo penal) que o juiz revela a sua convicção sobre as hipóteses (acusatória e defensiva) deduzidas pelas partes. E a dedução dessas hipóteses

<sup>576</sup> Tradução livre do excerto: “[...] *la determinación misma del nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica en los distintos procesos judiciales y en las distintas fases de esos procesos es consecuencia de una valoración acerca de la distribución de errores que se considera admisible, valoración que corresponde hacer a cada sociedad y no al teórico del derecho*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., pp. 142-143).

<sup>577</sup> *Ibidem*, pp. 81 e 83. No mesmo sentido, KNIJNIK afirma que as regras dos modelos de constatação (que, como visto acima, expressam o *standard probatório* que pauta a decisão judicial) “*devem ser entendidas como definidoras do nível de erro aceitável, cujo risco é inevitável. Em síntese, o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o grau de certeza necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração*” (KNIJNIK, Danilo. *A prova...* cit., p. 44).

<sup>578</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., p. 143.

ocorre por intermédio da atividade probatória desenvolvida no processo, que permite a reconstrução dos fatos que são objeto da pretensão acusatória.

Assim, aplicando as ideias desenvolvidas no tópico anterior para o processo penal, infere-se que a reconstrução dos fatos no processo penal é um mecanismo de fundamental importância para o controle e a legitimação do poder punitivo do Estado. A vontade da lei penal, consubstanciada na aplicação de uma pena restritiva de direito ou privativa de liberdade, somente poderá ser concretizada (isto é, justificada) por meio do acerto fático realizado no processo. É a reconstrução dos fatos que legitima a aplicação de uma sanção penal (e, portanto, do poder punitivo estatal).

Por isso é que, no processo penal, o *standard* de prova é mais elevado do que aquele estabelecido para o processo civil. Sob a perspectiva de *risco de erro*, isso implica dizer que, no processo penal, a *escolha política* é pela preferência de uma absolvição falsa (*falso negativo*) do que de uma condenação falsa (*falso positivo*)<sup>579</sup>.

A razão para essa escolha reside em um valor *político* adotado pela (e positivado na) Constituição Federal: o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). Assim explica BADARÓ:

A razão de se exigir no processo penal um *standard* probatório mais elevado que no processo civil é de natureza política, e não simplesmente técnica. No processo penal, em razão da presunção de inocência, do ponto de vista probatório há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador, sobre quem recai toda a carga probatória. Contudo, além de atribuir toda a carga da prova para a acusação, também se adota um *standard* de prova bastante elevado, tornando o convencimento judicial dos fatos que favoreçam a acusação particularmente difícil<sup>580</sup>.

Como se vê, no ordenamento jurídico brasileiro, é a *presunção de inocência* que, como valor político, estabelece o *standard* de prova no processo penal. É esse princípio constitucional que, compreendido como *norma de juízo* (pela lição de ZANOIDE DE MORAES), indica o nível de “*suficiência do material probatório incriminador para se*

<sup>579</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., p. 143. Igualmente, afirma BADARÓ que “*diferentemente do processo civil, a definição dos standards probatórios no processo penal não tem por objetivo eliminar ou distribuir os riscos de erros em razão da insuficiência probatória, mas sim distribuir os erros de forma a favorecer sistematicamente a posição do acusado. Justamente por isso se considera preferível absolver um (ou dois, ou dez, ou mil...) culpado do que condenar um inocente!*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 437).

<sup>580</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 436.

*decidir de modo desfavorável ao imputado*<sup>581</sup>. Nesse quadro, a presunção de inocência como *norma de juízo* obriga o julgador a “*demonstrar o mínimo probatório necessário para afastar aquele direito constitucional em todas as decisões penais que for chamado a proferir*”<sup>582</sup>. E o afastamento dela somente poderá ocorrer “*se e quando o julgador demonstrar em sua motivação que, baseado em prova incriminadora lícita, atingiu o estado subjetivo de certeza necessário para decidir em desfavor do acusado*” – o que poderá ocorrer em qualquer momento processual, isto é, não apenas na sentença, mas em qualquer decisão proferida durante a persecução criminal, como, por exemplo, na decretação de medidas cautelares constritivas de liberdade<sup>583</sup>.

O referido estado subjetivo de certeza implica, por óbvio, a superação de um estado de dúvida. Ocorre que, pelo elevado *standard probatório* decorrente da presunção de inocência, a dúvida no processo penal deve ser afastada de maneira muito específica, como explica ZANOIDE DE MORAES:

[...] a dúvida impeditiva da decisão desfavorável não poderá ser qualquer dúvida, ou seja, a dúvida advinda da mera possibilidade de os fatos terem ocorrido de forma diversa. Deverá ser uma dúvida baseada na racionalidade (dúvida razoável) e que somente poderá ser afastada se as provas incriminadoras apresentarem um alto grau de probabilidade fática (e não mera possibilidade) para todos os aspectos que se relacionem com a conduta do indivíduo e sua criminalização<sup>584</sup>.

Daí vem a precisa explicação do professor da Universidade de São Paulo, na qual aponta a correlação entre a *dúvida* e a *suficiência* decorrente do *standard* probatório adotado no processo penal:

Da certeza (juspolítica) do “estado de inocência” somente poderá se atingir a certeza oposta (culpabilidade) se as provas incriminadoras forem eficazes e adequadas o suficiente para retirar da mente judicial qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer ponto indispensável para a condenação<sup>585</sup>.

Não obstante o norte do *standard* probatório conferido pela presunção de inocência como norma de juízo, BADARÓ indica que, ao longo da persecução penal, o *standard* probatório pode variar de acordo com a decisão a ser proferida, “*em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de*

<sup>581</sup> ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...* cit., p. 471.

<sup>582</sup> *Ibidem*, pp. 471-472.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 472.

<sup>584</sup> *Ibidem*, p. 475.

<sup>585</sup> *Ibidem*, p. 475.

*mérito, baseadas em provas ‘além de qualquer dúvida razoável’*”<sup>586</sup>. Assim, podem ser verificados no processo penal *standards* diversos daquele modelo de constatação de “prova além da dúvida razoável” – como, por exemplo, na decretação de prisão temporária (art. 1º, III, da Lei 7.960/89), para a qual se exigem “*fundadas razões*”; na decretação de prisão preventiva (art. 312, *caput*, do CPP), para a qual é necessário “*indício suficiente de autoria*”; ou para a pronúncia (art. 413, *caput*, do CPP), que demanda “*indícios suficientes de autoria*”. Nessas hipóteses, “*há variações do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada ou dirigida*”<sup>587</sup>.

De todo modo, no processo penal, seja pelo *standard* probatório exigido para a condenação, seja pelas variações desse *standard* em outras hipóteses de decisão ao longo da persecução penal, não há dúvida de que se trata de um *standard* probatório elevado. Isso, conseqüentemente, faz com que a exigência do *melhor acerto fático possível* seja mais acentuada: afinal, para que o julgador atinja o nível de *suficiência* necessário para superar a dúvida e afastar a presunção de inocência (compreendida como *norma de juízo*), é necessário um apurado acerto fático.

Com essa última afirmação, todavia, não se quer privilegiar o órgão acusatório – a quem incumbe o ônus da prova – com uma melhor reconstrução dos fatos possível. A análise aqui empreendida não tem como referência (e tampouco como direção) as partes, mas sim os interesses em jogo no processo penal – e, conseqüentemente, os interesses públicos daí oriundos. A exigência de melhor reconstrução dos fatos não está ligada com o interesse de uma ou outra parte, mas sim com o interesse público do processo – afinal, a preclusão, como técnica, serve ao desenvolvimento ordenado de todo o processo, para todos os sujeitos nele envolvidos, e não para a acusação ou para a defesa, isoladamente.

Portanto, na concepção da preclusão como *risco calculado*, percebe-se que, no processo penal, o fator *reconstrução dos fatos* assume uma conotação diferente da que possui no processo civil, pois o maior *standard* probatório faz com que maior seja a exigência de melhor acerto fático possível. Em outras palavras, no cálculo do risco

---

<sup>586</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 437. No mesmo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* cit., p. 141.

<sup>587</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 438.

da preclusão no processo penal, a exigência de melhor acerto fático possível terá um peso mais elevado em relação ao que possui no processo civil.

Daí que, via de regra, o rigor preclusivo no processo penal será menor do que aquele do processo civil; e que, ao longo da persecução penal, o rigor preclusivo variará conforme a hipótese de decisão a ser proferida (sempre se levando em consideração, claro, a presunção de inocência como norma de juízo).

### 3.2.2.2. *O tempo e a celeridade processual*

O *tempo* é um fator inerente ao e inexorável do processo: não apenas é uma característica essencial do processo, como também não pode em hipótese alguma ser dele subtraído.

Essa afirmação pode ser demonstrada por um raciocínio inicial bem simples: tendo em vista que o processo representa uma série de atos concatenados, que se concretizam por diversas atividades realizadas pelas partes e pelo juiz, logicamente se tem uma *marcha processual*, que se desenvolve por um determinado espaço de tempo, até que se chegue ao ato final – a sentença. Desse raciocínio já é possível perceber que o tempo é elemento essencial da concepção do processo, “*enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade*”<sup>588</sup>.

Como visto acima (item 3.2.2 *supra*) o *risco* é inerente ao processo. Ora, se o tempo também é um fator inerente ao e inexorável do processo, é possível inferir que o *tempo* também representa um *risco* no processo. Assim explica GLOECKNER:

O risco endógeno não apenas diz respeito à decisão. Antes, liga-se ao tempo. Processo é tempo institucionalizado. O tempo processual que não é mero processo (enquanto *pro-cedere*, avançar) temporal, está sujeito a

---

<sup>588</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 6. No mesmo sentido, afirma TUCCI que “o processo – direção no movimento – consubstancia-se então num instituto essencialmente dinâmico, porquanto não exaure o seu ciclo vital em um único momento, mas é destinado a desenvolver-se no tempo, possuindo duração própria. Os atos processuais, embora tenham uma determinada ocasião para serem realizados, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, mas, sim, desenrolam-se em várias etapas ou fases” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 25).

uma dupla incerteza. Se de um lado não é possível antever como terminará o processo, muito menos provável é prever quando terminará<sup>589</sup>.

Diante dessa *incerteza* quanto ao *tempo do processo*, o excessivo prolongamento na sua tramitação pode acarretar uma *pena processual*, que sofre o jurisdicionado em razão da demora na prestação jurisdicional devida pelo Estado<sup>590</sup>.

Para se evitar essa *pena processual*, pensa-se em celeridade, em rapidez processual, para que o processo tramite da maneira mais rápida possível – e, conseqüentemente, para que se atinja a prestação jurisdicional (pela sentença) também da maneira mais rápida possível. Entretanto, como aponta GLOECKNER, a aceleração, ao mesmo tempo em que gera uma sensação de segurança, também pode multiplicar os riscos:

Duração está ligada à incerteza, que gera riscos. Então, a aceleração não é apenas uma faceta tecnológica, mas uma tentativa de garantir segurança (mesmo que isso multiplique os riscos diante da falta de reflexão que gera). Em suma, quanto maior é a duração, mais incertezas serão contabilizadas<sup>591</sup>.

A aceleração também é vista como um *risco endógeno ao sistema jurídico*, que, por estar ligada à “(banalização) da urgência”, gera insegurança jurídica. Daí se afirmar que “a esse novo risco deve-se opor uma (renovada) segurança jurídica, enquanto instrumento de proteção do indivíduo”. Para tanto, é necessário “recorrer a uma clara definição das regras do jogo para evitar o uso desmedido do poder, enquanto redutor do arbítrio, impondo ao Estado o dever de obediência”<sup>592</sup>.

É nesse panorama que se vislumbram os problemas decorrentes da relação entre tempo e processo: de um lado, a *demora*, além de gerar incertezas, pode acarretar uma pena processual ao jurisdicionado, bem como o perigo de prescrição da pretensão punitiva; de outro lado, a *aceleração* do processo pode multiplicar os riscos a ele inerentes – incluindo-se, aí, a redução (ou mesmo supressão) de garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa.

---

<sup>589</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco...* cit., p. 294.

<sup>590</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito...* cit., p. 6.

<sup>591</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco...* cit., pp. 141-142.

<sup>592</sup> LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

Especificamente pela perspectiva do *risco*, depreende-se que a medida do tempo no processo afeta diretamente outros fatores do processo. Assim, é que a demora jurisdicional representa um perigo tanto para o indivíduo, pela *pena processual* que o tempo lhe acarreta, como para o próprio Estado, pela possibilidade de prescrição no campo penal, que encerra prematuramente uma persecução sem que o interesse público de aplicação da vontade concreta da lei tenha sido alcançado (seja pela absolvição, seja pela condenação). Igualmente, a aceleração pode gerar perigos, pois a rapidez do processo pode ter como custo a afetação de princípios constitucionais processuais caros, ou mesmo do direito à prova.

Assim é que, no *cálculo* do *risco* da preclusão, o peso do fator tempo variará não apenas em razão dos interesses em jogo no processo, mas também da fase em que se encontra o processo. É dizer: a *medida* do tempo processual pode ser avaliada, *ex ante*, à luz do direito material discutido no processo (de natureza penal ou civil); e, também, pode ser avaliada *ex post*, com o desenrolar do processo – pois, quanto mais tempo se passar para o seu desenvolvimento, maior será o interesse de se chegar o quanto antes ao seu desfecho.

Desse modo, à luz do *risco* da preclusão, o fator *tempo* tende pela exigência de celeridade processual. Tal exigência, contudo, não pode ser absoluta, e dependerá tanto dos interesses em jogo no processo, como do próprio desenvolvimento do processo no caso concreto.

Daí que a *exigência* de celeridade processual, que representaria um extremo do *risco* da preclusão, deve ser ponderada, de modo a se chegar na exigência de *duração razoável do processo*. Por esse princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF), também positivado na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.5, específica para o processo penal; e art. 8.1, aplicável a qualquer tipo de processo)<sup>593</sup>, atende-se a uma exigência relativizada de celeridade processual, porquanto conjugada com a observância de garantias constitucionais do processo (como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório).

---

<sup>593</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos repete, substancialmente, as disposições contidas na Convenção Europeia de Direitos do Homem (art. 5º, §1º, específica para o processo penal; e art. 6º, § 1º, que se aplica para qualquer processo). Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê a duração razoável do processo (art. 9º, nº 1; e art. 14, nº 3).

Nesse quadro de ideias, a discussão sobre a exigência de *celeridade processual* deve começar um passo antes, a partir da exigência de *duração razoável do processo*. Com isso, na ponderação do *risco* da preclusão a exigência de celeridade processual deve ceder lugar para a exigência de duração razoável do processo. Em outras palavras, a exigência de celeridade processual deve ser compreendida sob o prisma do princípio constitucional da duração razoável do processo – para que, somente então, possa ser analisada e mensurada na equação do *risco* da preclusão.

Assim colocado o problema do *risco* do tempo, passa-se à sua análise no âmbito do processo penal, que, em razão dos interesses nele em jogo, contém algumas particularidades que devem ser levadas em conta para a *medida* do tempo (e de sua respectiva exigência de *duração razoável do processo*) na preclusão processual penal.

#### 3.2.2.2.1. *Contornos específicos no processo penal*

Mais uma vez, é importante retomar a premissa de que o processo penal é instrumento de controle e de legitimação do poder punitivo do Estado (item 1.1 *supra*). A sanção penal depende de um processo, no qual a pretensão acusatória seja deduzida e em que o acusado tenha a chance de se defender e de reagir contra a imputação que lhe é feita. E tudo isso demanda *tempo*.

Assim compreendido o processo penal, qualquer mudança no *tempo* do processo afeta a sua estrutura e, conseqüentemente, afeta o controle do poder punitivo estatal. “Afetar o tempo. Reduzi-lo ou maximizá-lo, comprometendo a arquitetura minimizadora do poder penal (instrumentalidade garantista do processo penal) implica em aniquilar sua estrutura enquanto imunizadora contra a arbitrariedade”<sup>594</sup>.

A mudança de tempo, da mesma maneira, afeta o processo sob a perspectivas de suas cargas processuais (incluindo-se, aí, os *ônus de prova*). Assim explica GLOECKNER:

---

<sup>594</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco...* cit., p. 294.

Deslocar o tempo processual é interferir na distribuição das cargas processuais, é dificultar ou favorecer a desoneração das mesmas e, ainda, comprometer a estrutura dialética do processo. Assim, o processo opera no âmbito temporal. O aspecto topológico, apesar de ainda conservar sua importância, já não guarda o mesmo grau de outrora, já que delimitar o território do processo é delimitá-lo no tempo também<sup>595</sup>.

Nesse quadro de ideias, a alteração do tempo no processo pode se situar em dois extremos: na *demora* e na *aceleração*.

A *demora* do processo, além de prolongar a angústia e o sofrimento ínsitos ao próprio processo penal, gera uma justiça *tardia*, muito longe dos valores que compõem o ideal de *justiça*. Em outras palavras, utilizando-se de expressão corrente no âmbito jurídico, *justiça tardia não é justiça*. É por essa perspectiva que LOPES JR. e BADARÓ, com apoio em julgado do Tribunal Supremo da Espanha, afirmam que:

[...] quando se julga além do prazo razoável, independentemente da causa da demora, se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito, em toda complexa rede de relações familiares e sociais em que ele está inserido e, por isso, a pena não cumpre suas funções de prevenção específica e retribuição (muito menos da falaciosa “reinserção social”)<sup>596</sup>.

De outro giro, também a *aceleração* do tempo do processo pode afetar não só a sua estrutura, como também – e principalmente – as garantias individuais:

Reduzir o processo, acelerar o tempo institucional é decompor a jurisdicionalidade até graus maiores ou menores de garantia. Logo é aumentar os espaços de disposição do sistema, gerando decisões que abarcam um núcleo (que deveria ser) intangível das garantias fundamentais do acusado<sup>597</sup>.

A *aceleração* coloca em risco não apenas as garantias do réu, mas também a própria aplicação da lei, na medida em que precipita a convicção judicial. Por isso, nas palavras de KHALED JR.,

[...] não é por acaso que o processo não deve ser guiado por ilegítimas expectativas de rápida resolução, uma vez que é necessária a devida maturação para que a convicção guarde o mínimo possível de crença, eis

<sup>595</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco...* cit., p. 285.

<sup>596</sup> LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito...* cit., p. 14.

<sup>597</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco...* cit., p. 295. No mesmo sentido, afirma KHALED JUNIOR que “[...] a dinâmica do processo é simplesmente incompatível com a aceleração que a velocidade está a exigir, a não ser que direitos fundamentais possam ser colocados em questão, o que não pode ser aceito em hipótese alguma” (KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 402).

que corrigida – pelo menos parcialmente – por mecanismos de constrangimento probatório da evidência<sup>598</sup>.

Nessa dicotomia, a interpretação mais adequada que se deve dar ao *tempo* no processo é pela *duração razoável* (art. 5º, LXXVIII, da CF). Com isso, especificamente no processo penal, em vez de se falar de celeridade processual, deve-se sustentar um “*direito subjetivo processual do imputado*”, a partir de uma leitura constitucional que privilegie a proteção do réu no jogo processual<sup>599</sup>. Assim, em primeiro lugar, o tempo do processo deve respeitar a dignidade do acusado e, inclusive, os direitos e garantias que lhe são assegurados no processo pela Constituição. Daí que, somente depois disso é que “*a celeridade pode ser invocada para otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu*”<sup>600</sup>.

É nesse contexto que o fator *tempo* deve ser analisado e calculado na composição do *risco* da preclusão. Não se pretende, aqui, discorrer sobre os critérios formulados pela doutrina e pela jurisprudência (principalmente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) para a aferição do prazo razoável no processo<sup>601</sup>. O importante, aqui, é ter em mente o *fator tempo* e a sua exigência de *duração razoável do processo*, para que, então, se possa analisar, caso a caso, a sua incidência no processo penal.

### **3.3. O *risco* da preclusão como critério de análise para o seu afastamento na atividade probatória da defesa no processo penal**

A explanação dos dois fatores que compõem o *risco* da preclusão é importante não apenas para a compreensão do instituto (e de sua incidência, como técnica, no

---

<sup>598</sup> KHALED JUNIOR, Salah H.. *A busca ... cit.*, p. 401.

<sup>599</sup> LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito... cit.*, p. 16.

<sup>600</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>601</sup> Sobre esse tema, v: *ibidem*, pp. 39-63; NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 65-92; e, com farta jurisprudência das Cortes internacionais, PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 106-341 e 471-500.

desenvolvimento do processo), mas também para que, por essa ideia essencial da preclusão, se possa extrair um critério de aplicação específica no processo penal.

Como dito tanto na proposta de acomodação do conceito de preclusão (item 2.4.3 *supra*) como ao longo do presente capítulo, a preclusão aplica-se tanto ao processo civil como ao processo penal; e, para ambos, a ideia fundamental e a essência são as mesmas. A definição do instituto, assim, pode ser compreendida em qualquer campo processual, sem distinção.

Partindo de uma mesma base conceitual, a aplicação da incidência no processo penal e no processo civil variará em sua *medida*, de modo a se falar em um rigor preclusivo maior ou menor em cada campo processual (a depender, também, das escolhas políticas feitas por cada ordenamento). Por *medida*, quer-se dizer o *peso* que cada um dos fatores (ou cada uma das exigências decorrentes de tais fatores) que compõem o *risco* da preclusão assumirá em cada processo. Assim, no processo penal, por exemplo, o *peso* da exigência de melhor acerto fático possível será maior do que no processo civil, em razão dos diferentes níveis de *standards probatórios*; outrossim, no processo civil, a exigência de celeridade processual (que, como visto acima, deve ser interpretada pelo prisma de duração razoável do processo) poderá ter um *peso* maior se comparado ao processo penal, em que a *aceleração* do processo não pode implicar redução e, tampouco, supressão das garantias fundamentais do acusado.

Vistas as diferenças na incidência da preclusão em cada campo processual, há de se atentar para uma particularidade do processo penal, que se refletirá na incidência da preclusão nesse âmbito, especificamente.

É que, no processo penal, há a incidência da garantia constitucional da *ampla defesa* (prevista no art. 5º, LV, da CF). Trata-se de uma opção política, positivada na Constituição Federal e que gera efeitos por todo o processo penal – inclusive na incidência da preclusão. Entre outras repercussões, a sua incidência no processo penal repercute na preclusão com a *possibilidade* de *afastamento* de sua incidência nos atos processuais *probatórios* realizados pela defesa.

A ampla defesa incide na disciplina da preclusão não para eliminá-la, mas sim para possibilitar o eventual afastamento da preclusão em determinadas atividades processuais da defesa. Afinal, tendo em vista que a ampla defesa não é uma garantia absoluta, ela não poderia simplesmente acarretar a inexistência de preclusão para a defesa. Daí que a sua incidência na preclusão tem como efeito não a sua diminuição, mas o seu eventual afastamento.

A possibilidade de afastamento da preclusão atende à ampla defesa do imputado, sem eliminar a preclusão. Esse é um meio-termo possível, decorrente da ponderação entre as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (na medida em que a preclusão, como *princípio*, possibilita um desenvolvimento ordenado do processo<sup>602</sup>).

A garantia constitucional da ampla defesa também serve de instrumento para atenuar o desequilíbrio existente entre acusação e defesa, ínsito ao processo penal – afinal, o exercício da pretensão acusatória é subsidiado por um amplo aparato estatal, ao passo que a reação defensiva conta apenas com a força do próprio imputado. Esse desequilíbrio – que se reflete por todo o processo penal – deve ser atenuado também no regime preclusivo das partes, pois, do contrário, as limitações aos poderes do imputado, derivadas de um uso descontrolado da preclusão, podem gerar efeitos paradoxais<sup>603</sup>.

Outrossim, é importante observar que o afastamento somente ocorrerá para os atos processuais *ligados ao direito à prova*, ou seja, apenas no exercício do direito à prova pela

---

<sup>602</sup> Como visto no item 2 *supra*.

<sup>603</sup> MARAFIOTTI, Luca. Preclusione: un principio “senza qualità”? In: *Idem*; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale*: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 176. Para o autor, esse desequilíbrio entre acusação e defesa faz com que a análise da preclusão no processo penal seja diferente daquela no processo civil: “[...] quando, como um genérico instrumento de contenção dos poderes e das faculdades das partes, o limite preclusivo vem referido ao imputado, a questão se torna delicada e indica a impossibilidade de compartilhar plenamente no processo penal a linha traçada pelos colegas do processo civil. Uma impossibilidade determinada pela diversidade substancial entre os dois modelos de processo. O desequilíbrio entre acusação e defesa, ligado ao juízo penal e que não pode ser preenchido por nenhum princípio convencional, constitucional ou jurisprudencial, faz com que as limitações aos poderes do imputado, derivadas de um uso descontrolado da preclusão, produzam efeitos paradoxais” – tradução livre do excerto: “[...] quando da generico strumento di contenimento dei poteri e delle facoltà delle parti, il limite preclusivo viene riferito all'imputato, la questione diviene delicata e rimarca l'impossibilità di mutuare pienamente nel processo penale la linea tracciata nel dai colleghi della procedura civile. Una impossibilità determinata dalle diversità sostanziali tra i due modelli di processo. Lo squilibrio tra accusa e difesa, connesso al giudizio penale e che non può essere colmato da nessun principio convenzionale, costituzionale o giurisprudenziale, fa sì che le limitazioni ai poteri dell'imputato, derivanti da un uso incontrollato delle preclusioni, producano effetti paradossali” (*ibidem*).

defesa no processo penal. Essa delimitação tem um motivo: a atividade probatória guarda relação direta com o *risco* da preclusão, notadamente pelo seu fator de *reconstrução dos fatos*. Qualquer outro ato processual praticado pela defesa terá uma relação apenas indireta com esse fator. Veja-se, por exemplo, que, na hipótese de interposição de um recurso fora do prazo, a preclusão (temporal) apenas indiretamente relaciona-se com o fator *reconstrução dos fatos*, pois o direito ao recurso está muito mais ligado à reapreciação do conjunto probatório do que ao accertamento fático. Afastar-se a incidência da preclusão, nessa hipótese, teria ligação apenas indireta com o *risco* da preclusão, de modo que não faria sentido afastá-la.

Dentro da análise do *risco* da preclusão (sobretudo pelo seu fator *reconstrução dos fatos*), é de se perceber que a atividade probatória é a que mais sente os efeitos da incidência da preclusão – e, assim, é nessa delimitação que a ampla defesa pode incidir para afastar a incidência da preclusão.

Aliás, pela própria concepção da garantia da *ampla defesa*, é coerente correlacioná-la com a atividade probatória, tendo em vista que a doutrina compreende que a ampla defesa abrange “o direito à prova legitimamente obtida ou produzida”<sup>604</sup>. Assim, se há uma ligação entre a garantia da ampla defesa e o direito à prova, é coerente que a aplicação da primeira no regime preclusivo sirva para eventualmente afastar a preclusão apenas nas atividades probatórias da defesa.

Posto isso, o eventual afastamento da preclusão deve ser analisado pelo juiz, em cada caso concreto, tendo como critério o *cálculo de risco* da preclusão. É dizer: diante de um ato processual probatório da defesa precluso, o juiz deve avaliar o *risco* da preclusão (pelos fatores *reconstrução dos fatos* e *tempo*) naquela hipótese processual específica, para, então, decidir se é possível (ou não) o afastamento da preclusão naquela situação concreta. Nessa análise, o julgador deve avaliar se o afastamento da incidência da preclusão não ultrapassaria os limites do *risco* da preclusão naquele momento processual específico – é dizer, se o afastamento não geraria uma situação em que o *cálculo* do risco da preclusão seria diferente daquele estabelecido para aquele momento processual.

---

<sup>604</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 176.

Assim, o *risco* da preclusão, tal como exposto acima, serve de parâmetro para a análise judicial da possibilidade de afastamento da preclusão. Se, em uma determinada hipótese, o juiz vislumbrar que o afastamento da incidência da preclusão não gera uma ruptura da medida do *risco* ínsito à preclusão que incide naquele momento processual, ele poderá admitir a prática do ato processual (pois, mesmo precluso, a priori, estará conforme ao *risco* entre os fatores tempo e reconstrução dos fatos).

Para melhor compreensão do critério ora proposto, podem ser formulados dois exemplos.

Pense-se, em primeiro lugar, na juntada de prova documental pela defesa quando da apresentação de seus memoriais finais, em primeira instância. Como a fase instrutória já se encerrou, a propositura (que, aqui, confunde-se com a admissão e a própria produção) desse meio de prova é, *a priori*, um ato precluso (incidência da preclusão temporal, por fase). Todavia, nessa situação, o juiz pode afastar a incidência da preclusão, por avaliar que esse ato processual, de um lado, atende à exigência de melhor acerto fático possível (pois esse meio de prova pode ser reputado como pertinente ou relevante); e, de outro lado, não aniquila a exigência de *duração razoável do processo*, pois não acarretará demora no processo (o único *tempo* que será demandado por esse ato processual será a abertura de vistas ao Ministério Público, para que, em observância à garantia constitucional do contraditório, possa se manifestar sobre tais documentos). Aqui, o afastamento da preclusão não gera uma ruptura do *risco* da preclusão, isto é, da *medida* dos fatores que compõem a preclusão que incide naquele momento processual específico<sup>605</sup>.

De outro giro, se a juntada dessa mesma prova documental ocorrer na fase recursal, em segunda instância, dois dias antes do julgamento da apelação, a análise será outra. Isso

---

<sup>605</sup> Apesar de não se referir especificamente ao *afastamento* da incidência da preclusão, SICA se vale do mesmo raciocínio para explicar o fato de que “*a jurisprudência, há algum tempo, flexibiliza a interpretação das regras de produção da prova documental (arts. 283, 396 e 397, CPC), franqueando à parte amplo direito de juntar documentos a qualquer momento, inclusive em fase recursal*” (com a ressalva de que os artigos de lei citados são do Código de Processo Civil de 1973, hoje revogado). Segundo o professor paulista, “*talvez essa flexibilidade decorra do fato de que a produção de prova documental causa pouco embaraço ao desenvolvimento do processo (apenas a necessária abertura de vista do documento juntado à parte adversa, nos termos do art. 398 do CPC, pode ocasionar algum atraso, o qual, contudo, não é comparável ao atraso que a oitiva de uma testemunha ou a realização de uma perícia poderiam causar)*” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 169-170). Em última análise, a explicação se baseia no cálculo de risco da preclusão, pelo impacto que a juntada dessa prova documental causará nos fatores reconstrução dos fatos e tempo.

porque esse ato processual atende à exigência de melhor acerto fático possível, mas, nesse momento processual, pode aniquilar a exigência de duração razoável do processo: além do tempo demandado ser maior (pois, além da abertura de vistas ao Ministério Público, o Desembargador relator teria que reanalisar o processo, para verificar se, diante dos novos elementos de prova, muda a sua convicção e, portanto, o seu voto), o tempo que já se passou no processo até esse momento também influencia sobremaneira o cálculo do *risco* da preclusão – afinal, o decurso do tempo do processo gera, paulatinamente, um maior rigor em seu andamento e, conseqüentemente, um maior rigor preclusivo. Nessa situação, portanto, os fatores que compõem o *risco* da preclusão assumem um peso diferente, o que influenciará na análise do magistrado (que será diferente daquela primeira análise, em primeira instância).

Não se quer dizer, com essas hipóteses, que necessariamente em primeiro grau a incidência da preclusão pode ser afastada, e em segundo grau, não. Nas situações acima ilustradas, o Desembargador relator poderia afastar a incidência da preclusão para admitir aquele meio de prova documental, se, no caso concreto, isso não gerasse uma ruptura do risco da preclusão (por exemplo, se o processo teve uma duração razoável até aquele momento, de modo que o tempo a ser demandado com essa prova não gerasse nenhum prejuízo ao processo; e, de outro lado, se o meio de prova representar um melhor acerto fático, pois atende aos critérios de pertinência e relevância)<sup>606</sup>.

De uma ou de outra maneira, percebe-se que o peso das exigências que compõem o risco da preclusão varia entre o primeiro e o segundo grau de jurisdição, inclusive por reflexo da própria variação da preclusão entre as fases processuais. Como aponta GUARNERI, a preclusão “*se faz sentir menos na fase instrutória e em primeiro grau de jurisdição, que devem ser marcados por uma maior possibilidade de deduções e de pedidos pelas partes, com o fim de se obter o mais amplo e livre acerto da verdade*”,

---

<sup>606</sup> Por isso é que não se concorda com o entendimento de DELMANTO JUNIOR, para quem, “*ressalvado o procedimento no julgamento popular, a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa (Magna Carta, art. 5.º, LV) obsta a que o direito de a parte exhibir documentos – que não se confunde com produção de provas a ser realizada pelo juiz – possa ser atingido pela preclusão*” (DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004, p. 302). O afastamento da preclusão deve ser analisado caso a caso. Ainda que, *a priori*, a juntada de prova documental possa demandar um menor *tempo* no processo, isso não pode ser encarado como uma circunstância absoluta e, tampouco, acarretar a regra absoluta de inexistência da preclusão para a produção de meio de prova documental – até porque a preclusão, entendida como risco, é formada por dois fatores: não só o tempo, mas também a reconstrução dos fatos, o que pode levar à impossibilidade de afastamento da preclusão se o documento não for pertinente ou relevante para o processo.

ao passo que a preclusão “*se amplia no juízo de impugnação [segundo grau], sendo normalmente preclusas muitas faculdades processuais que existiam no juízo de primeiro grau*”<sup>607</sup>.

O raciocínio acima traçado pode ser aplicado em um caso concreto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. No recurso em *habeas corpus* nº 79.834 (5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 07.11.17, *DJe* 10.11.17), a defesa alegou cerceamento de defesa, em razão de indeferimento de pedido de instauração de incidente de falsidade. Esse pedido foi realizado após a prolação da sentença, quase dez anos depois da juntada do documento sobre o qual se pedia a realização do exame de falsidade.

A Corte negou provimento ao recurso, sob o argumento de que o requerimento de instauração de incidente de falsidade era intempestivo, “*notadamente porque o documento a ser periciado constava dos autos há mais de dez anos, e o pedido foi apresentado após a prolação da sentença, tratando-se de questão preclusa*”.

De fato, o ato processual realizado pela defesa estava precluso, pois realizado após o momento cabível da fase instrutória. Operou-se, assim, a preclusão temporal por fase. Contudo, pelo critério ora formulado, seria possível analisar se a incidência da preclusão poderia ser afastada para aquele ato processual probatório da defesa. Nessa linha, pela análise do *risco* da preclusão, a exigência de *melhor acerto fático* seria atendida, pois se trata de um meio de prova relevante ao processo (já que relacionado à interceptação telefônica realizada). Todavia, o fator *tempo* seria atingido em sua medida: a exigência de *duração razoável do processo* seria sobremaneira diminuída com o afastamento, tendo em vista o longo tempo de duração da persecução penal até aquele momento (ao que consta, ao menos dez anos). Assim, o afastamento da preclusão geraria uma *ruptura* da medida da exigência de *duração razoável do processo*, de modo a ser necessária a manutenção do efeito preclusivo naquela situação processual específica.

---

<sup>607</sup> Tradução livre do excerto: “*L’adesione a tal principio varierà anche in considerazione della fase processuale. Di regola, negli ordinamenti positivi esso si fa meno sentire nella fase istruttoria e nel giudizio di primo grado che devono essere improntati ad una più larga possibilità di deduzioni e di istanze delle parti al fine del più ampio e libero accertamento della verità, mentre la preclusione si estende nel giudizio di impugnazione, essendovi normalmente precluse molte facoltà processuali che esistevano nel giudizio di primo grado*” (GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale)... cit., p. 571).

Perceba-se que, no raciocínio ora traçado, o que importa não é o tempo que a defesa levou para formular aquele pedido (extemporâneo) de produção de prova (como considerou o Superior Tribunal de Justiça), mas sim o tempo do próprio processo até aquele momento específico.

Assim, o raciocínio a ser empreendido no risco da preclusão é pelo *tempo* do processo em si, e não por seus efeitos. Com isso, quer-se dizer que a proximidade de eventual lapso prescricional não pode servir de argumento para não se afastar a incidência da preclusão (isto é, para manter a sua incidência), pois a prescrição é um efeito decorrente do tempo do processo. Valer-se de tal argumento no raciocínio ora proposto acrescentaria um outro critério, diferente daqueles acima analisados e, pior, de ordem totalmente distinta (pois, repita-se, o que importa é o *tempo* do processo, e não os efeitos decorrentes de seu decurso).

Com essas explicações, quer-se deixar claro que o objetivo do presente tópico é propor um *critério* de análise para o afastamento da preclusão na atividade probatória da defesa. A decisão sobre o afastamento dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, analisado sob a ótica do *risco* da preclusão.

De mais a mais, o critério aqui sugerido também se amolda à opção política da ampla defesa pela perspectiva da revisão criminal: ora, se é possível desconstituir a coisa julgada de uma sentença condenatória, não haveria sentido em se impedir em absoluto a prática de um ato processual probatório precluso pela defesa. É dizer: se a defesa formular um pedido extemporâneo (e, portanto, *precluso*) de produção de um meio de prova relevante para a demonstração da tese defensiva (e, conseqüentemente, para infirmar a tese acusatória), não faria sentido se esperar pela condenação e por seu trânsito em julgado para, somente depois, com base nos elementos de prova daí oriundos, se ajuizar a revisão criminal para se pleitear a absolvição do indivíduo.



#### **4. A INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO NO DIREITO À PROVA PARA AS PARTES E PARA O JUIZ**

Neste último capítulo, o objetivo é conjugar as ideias anteriormente expostas para, então, analisar-se como incide a preclusão no direito à prova no processo penal condenatório. Assim, tendo como base os principais contornos do direito à prova (capítulo 1 *supra*), bem como a definição de preclusão adotada nesse trabalho (capítulo 2 *supra*), analisar-se-á a incidência da preclusão tanto na atividade probatória realizada pelas partes (isto é, pela acusação e pela defesa), como na atuação do juiz sobre a atividade probatória das partes e na sua própria iniciativa instrutória.

Especificamente na atividade probatória da defesa, será retomada a possibilidade de afastamento da preclusão em razão da incidência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), para que, compreendida a preclusão como um *risco* (capítulo 3 *supra*), se discorra sobre o critério que deve nortear a análise judicial a esse respeito.

O presente capítulo terá dois conceitos como norte: os momentos da prova (item 1.4 *supra*) e as modalidades de preclusão (item 2.4 *supra*). Assim, tanto para as partes como para o juiz, analisar-se-á em quais momentos da atividade probatória cada um desses sujeitos processuais atua, tendo como corte de análise o processo penal de conhecimento de natureza condenatória. Com isso, a atuação de cada um deles (partes e juiz) será analisada à luz das modalidades de preclusão (consumativa, lógica e temporal), para se verificar qual delas incide em qual(is) momento(s) da atividade probatória.

##### **4.1. Três premissas importantes**

Antes de se iniciar a exposição, não se pode deixar de consignar três premissas importantes para a análise a ser feita nesse momento da pesquisa.

#### 4.1.1. *Natureza dinâmica da instrução*

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a instrução de um processo possui uma natureza *dinâmica*. É dizer, a fase instrutória de um processo (civil ou penal) é, por si só, dinâmica, justamente porque representa o cerne da reconstrução dos fatos que são objeto daquele processo. A instrução, como *ação ou efeito de transmitir conhecimento*, denota o desenvolvimento do processo no accertamento fático: cada ato de instrução representa um passo dado na reconstrução dos fatos, com o intuito de se atingir um determinado nível de suficiência, à luz dos quatro modelos de constatação acima apontados – quais sejam: *preponderância de provas*; *prova clara e convincente*; *prova além da dúvida razoável*; e *prova excludente de qualquer hipótese de inocência*<sup>608</sup>.

Nesse contexto, percebe-se como a fase instrutória é dinâmica: no início dela, tem-se um nível de conhecimento baixo, que vai se elevando, de modo que o conhecimento final pode ser totalmente diferente (e até inverso) daquele conhecimento inicial. Assim, via de regra, há um *crescimento cognitivo* ao longo da instrução, até que se chegue a um cenário cognitivo final que será apreciado pelo juiz, no momento da sentença. Diz-se “em regra” pois, em tese, é possível que nada se produza durante a instrução (de modo que o cenário cognitivo final seja o mesmo daquele inicial); mas isso, evidentemente, não atenderia a *ratio legis* da fase instrutória, que é prevista nos ritos processuais justamente para que se possa progredir na *construção* do conhecimento.

De todo modo, o crescimento cognitivo não se choca com a possibilidade de, ao final, se atingir entendimento *inverso* daquele inicial: a *progressão* aqui mencionada refere-se à vinda de elementos de prova que sirvam para a reconstrução dos fatos, pouco importando se, ao final, se conclua por uma tese inversa daquela inicialmente deduzida pela parte autora. A progressão do conhecimento refere-se ao seu *tamanho* (de modo que aumente com o decorrer da instrução), e não à sua *substância*, isto é, às conclusões que podem ser extraídas do conhecimento. Não há, portanto, como se falar em *regressão* do conhecimento durante a instrução: no limite, ao final dessa fase, o nível de conhecimento será o mesmo daquele que se observava no momento inicial. Não há como se imaginar que, ao final, o conhecimento *regrida*, no sentido de *diminuir* – o que difere totalmente de

---

<sup>608</sup> Para maiores considerações sobre tais modelos, v. item 3.2.2.1 *supra*.

se alcançar entendimento inverso daquele inicial, pois, nessa situação, não há diminuição do conhecimento, mas sim alteração das conclusões que dele podem ser extraídas.

Especificamente no processo penal, a ação penal inicia-se com um determinado nível de conhecimento, que subsidia o oferecimento da denúncia e a decisão judicial de seu recebimento. A construção do conhecimento ao longo da instrução (com a introjeção de elementos de prova) pode fazer com que, ao final: seja proferida uma sentença condenatória, o que significa que o juiz entenderá que a tese acusatória foi demonstrada; ou que seja proferida uma sentença absolutória, o que significa que o juiz entenderá ou que a tese acusatória não foi suficientemente demonstrada (à luz do modelo de constatação de *prova além da dúvida razoável*) ou que foi demonstrada uma tese contrária à da acusação (por exemplo, de que o fato imputado não ocorreu). Também é possível que nenhum meio de prova seja produzido ao longo da instrução, de modo que o nível de conhecimento inicial seja igual àquele final – o que levaria o juiz a proferir uma sentença absolutória, pois o acerto fático não alcançou o nível de suficiência necessário para superar o modelo de constatação que incide na sentença.

Tudo isso se desenvolve de maneira *dinâmica*: à medida que a cognição vai aumentando, outros meios de prova (diversos daquele inicialmente deduzidos) podem se mostrar importantes para a construção do conhecimento. E o contrário também pode ocorrer, ou seja, o crescimento da cognição pode fazer com que meios de prova que, inicialmente, se mostravam pertinentes e relevantes não mais o sejam.

Assim, perceber a natureza *dinâmica* da instrução é fundamental para que se possa analisar os atos processuais realizados no exercício do direito à prova.

#### **4.1.2. Menor rigor preclusivo na atividade probatória no processo penal**

A segunda premissa é um reflexo da primeira: no processo penal, em que interesses públicos muito caros estão em jogo (primordialmente, a liberdade), são poucos os momentos taxativamente estabelecidos no rito procedimental para a propositura de meios de prova e para a respectiva análise de admissibilidade. Ao contrário do que sucede no

processo civil, em que há momentos estanques para a propositura e para a admissibilidade de meios de prova, no processo penal há maior flexibilidade para tanto, na medida em que

Veja-se que, no processo civil, exige-se, via de regra<sup>609</sup>, que a petição inicial indique “*as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados*” (art. 319, VI, do CPC); que, na contestação, o réu especifique “*as provas que pretende produzir*” (art. 336 do CPC); e que, na decisão de saneamento, o juiz especifique “*os meios de prova admitidos*” (art. 357, II, do CPC). Trata-se, assim, de momentos probatórios bem delimitados no processo: para a *propositura* da prova (petição inicial e contestação) e para a *admissão* (decisão de saneamento).

Diferentemente, no processo penal não se encontram, em geral, momentos tão estanques (como no processo civil) para a propositura e para a admissão dos meios de prova. Por certo, existem momentos definidos para a propositura de determinados meios de prova (como, por exemplo, a prova testemunhal, que só pode ser requerida na denúncia ou na resposta à acusação<sup>610</sup>); e existem momentos estabelecidos para a admissibilidade de determinados meios de prova (ainda no exemplo da prova testemunhal, com a decisão proferida na fase do art. 399 do CPP, que, ao designar audiência de instrução, pressupõe a admissão do meio de prova testemunhal, a ser produzido em tal audiência).

Colocados esses dois planos, vê-se que, de um lado, a petição inicial do processo civil deve conter a indicação das provas que se pretende produzir (de modo que o inadimplemento desse ônus gera a preclusão da propositura de meios de prova). De outro lado, a denúncia do processo penal não contém a mesma exigência, pois apenas o rol de testemunhas é que deve ser indicado nesse momento (de modo que a não indicação de outros meios de prova nesse momento não gera preclusão, isto é, não gera a perda do direito de exercer esse ato processual de propositura posteriormente).

---

<sup>609</sup> Isto é, pelas regras do procedimento comum, que se aplicam subsidiariamente aos procedimentos especiais e ao processo de execução (art. 318, *caput* e parágrafo único, do CPC).

<sup>610</sup> Nesse ponto, não se pode confundir o pedido feito pelas partes para a produção de prova testemunhal com a possibilidade legal do juiz ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP). Isso porque tal determinação de prova testemunhal *ex officio* está delimitada a eventuais pessoas referenciadas pelas testemunhas ouvidas durante a instrução. Não se trata, assim, de testemunhas que poderiam ser livremente indicadas pelas partes, mas sim (e somente) daquelas referenciadas por outras durante a ação penal.

Daí que, como será melhor explanado abaixo (itens 4.2.2.1 e 4.2.3.1 *infra*), as partes podem formular pedidos de produção de prova em outros momentos que não na denúncia ou na resposta à acusação (que equivaleriam, no processo civil, à petição inicial e à contestação, respectivamente); e, da mesma maneira, o juiz pode decidir sobre a admissibilidade de uma prova em vários momentos da instrução (por exemplo, ao final dela, na fase do art. 402 do CPP).

Esse cenário já revela a opção do legislador por um menor rigor preclusivo no exercício do direito à prova no processo penal – se comparado com o processo civil. Não se está a dizer que não há preclusão probatória no processo penal (pois, se assim fosse, o processo seria totalmente desordenado e a fase instrutória nunca chegaria a um fim). O que se quer apontar (e será demonstrado pela exposição a ser feita nesse capítulo) é que, pelas disposições legais do Código de Processo Penal, constata-se uma elevada flexibilidade no exercício do direito à prova (ao menos durante a fase instrutória) no processo penal, o que está ligado a um menor rigor preclusivo nas atividades probatórias exercidas pelas partes.

#### **4.1.3. Essência autoritária do Código de Processo Penal**

Em terceiro lugar, não se pode olvidar da raiz inquisitorial<sup>611</sup> do Código de Processo Penal atualmente vigente no Brasil. Não obstante a opção constitucional pelo modelo acusatório, a essência do código é autoritária. E, para se perceber isso, faz-se necessária uma breve digressão histórica sobre a elaboração do vigente Código de Processo Penal.

A época de gestação do Código já revela o seu cariz: em meio ao regime autoritário do Estado Novo, regido por uma Constituição (de 1937, conhecida como Constituição “Polaca”) que deu amplos poderes ao chefe do Poder Executivo (Getúlio Vargas), em um nítido contexto de “*recrudescimento das instituições e violações às instituições democráticas*”<sup>612</sup>. Nesse cenário, “*para demonstrar a sempre perfeita sintonia que precisa haver entre um sistema político autoritário e o código de processo penal por ele usado*

---

<sup>611</sup> Tomado o termo “inquisitorial” pela definição exposta no item 1.6.1 *supra*.

<sup>612</sup> ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

para implementar seus desígnios”, foi designado o então Ministro da Justiça *Francisco Campos* para coordenar a elaboração de um novo Código de Processo Penal<sup>613</sup>.

Nesse ponto, é esclarecedor o estudo realizado por MALAN sobre a ideologia de *Francisco Campos* e os reflexos disso na legislação processual penal<sup>614</sup>. A análise, fundamentalmente sob o prisma histórico, traça um panorama muito preciso do contexto econômico-social e dos contornos da mentalidade política da época, de modo a permitir a compreensão de como foi gestado o Código de Processo Penal e quais as suas características fundantes, que se espalham por todo o *codex*.

O professor inicia sua análise traçando o perfil ideológico de *Francisco Campos*, cujo cerne estava ligado à “defesa do Estado autoritário, antiliberal, plebiscitário e de massas, com fundamento no cariz anacrônico das instituições políticas que caracterizam a democracia liberal”<sup>615</sup>. Ademais, “Campos advoga o mito da nação e da conformação dos tempos modernos pelo arquétipo do líder carismático, portador de virtú em grau suficiente para assegurar a ordem social pela via da mobilização irracional das emoções”<sup>616</sup>.

À luz dessa ideologia, a conformação de Estado não poderia ser democrática, mas sim *autoritária*, centrada na figura de um líder estadista que ganharia a confiança das massas e poderia governar sem depender de outros atores estatais. Em outras palavras, “a concepção franciscana campista de Estado é fundada no conceito de autoridade, a ser exercida por um César (líder carismático) em contato direto e pessoal com as massas”<sup>617</sup>. Nesse contexto (e aqui os influxos dessa ideologia no processo penal começam a ficar claros), *Campos* imaginava que a conformação do Estado nos moldes em que planejava somente poderia ser alcançada por um *estado de exceção*: “a solução preconizada é adequar o arranjo administrativo e político-institucional do Estado à contemporaneidade pela via da exceção”. Em outras palavras, “o contexto político de crise e emergência exige estado de exceção”<sup>618</sup>.

---

<sup>613</sup> ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...* cit., p. 157.

<sup>614</sup> MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: \_\_\_\_\_; SULLOCK, Victoria-Amália de; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 01-85.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>616</sup> *Ibidem*.

<sup>617</sup> *Ibidem*.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 40.

Nesse caldeirão de ideias e de concepções autoritárias, a estruturação do sistema processual penal, segundo a ideologia de *Francisco Campos*, também deve ter presente uma figura *autoritária*, que coordene e aplique a justiça sem depender de outros atores estatais. E essa figura de *autoridade* surge na pessoa do juiz: é ele a peça principal da estrutura processual imaginada por *Campos*, na medida em que, como representante máximo do Estado no âmbito do Judiciário, deve aplicar o seu poder para assegurar a ordem social das massas.

Nesse mister, o juiz deve gozar de plenos poderes e, principalmente, dispor de plenos poderes probatórios ou, na visão campesiana-autoritária, de plenos poderes para a *busca da verdade*. Não pode o magistrado depender da atividade das partes na colheita da prova, pois, sendo ele a autoridade máxima, deve, sem amarras a formalismos, “buscar a verdade” para que consiga atingir a melhor distribuição (ainda que *autoritária*) da Justiça. Nesse sentido, é elucidativa a explicação de MALAN:

[...] segundo Campos tal concepção implica vislumbrar o processo judicial como “*instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça*”, cabendo ao Juiz pesquisar a verdade, rompendo com limites tais como *formalismos, ficções, presunções* etc.

Logo, Campos defende forte intervencionismo estatal no campo do processo judicial, para fins de se restabelecer a autoridade, o caráter popular do Estado, a confiança popular no sistema de administração da justiça e a segurança nas relações sociais.

Via de consequência, ao Magistrado cabe papel ativista, exercendo seus poderes jurisdicionais não só para exigir o cumprimento das regras processuais pelas partes, mas também para fins de *investigação dos fatos e descoberta da verdade*<sup>619</sup>.

Essa concepção do juiz plenipotenciário – como expressão máxima, no âmbito do processo penal, da *maximização da razão de Estado*, em detrimento dos direitos individuais – é, na verdade, um reflexo da aplicação da ideologia de *Francisco Campos* no ordenamento processual. Essa é a conclusão da pesquisa empreendida pelo citado professor:

É lícito supor que o transplante de duas das principais ideias políticas defendidas por Francisco Campos – *centralização autoritária* do poder político na figura do Presidente da República e *forte intervencionismo* estatal em todos os segmentos sociais – para o microcosmo do Processo Penal resultou na centralização dos poderes processuais no Juiz criminal e no papel institucional deste último como agente politicamente

<sup>619</sup> MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política... cit., pp. 43-44.

responsável por “*maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*”<sup>620</sup>.

Vê-se, assim, que a origem *fascista* do Código de Processo Penal brasileiro, altamente influenciado, em sua conformação, pela ideologia *autoritária* de *Francisco Campos*, fez com que o modelo adquirisse essência *inquisitorial*. Essa constatação é importante não apenas para a compreensão de toda a legislação processual penal (e, aqui, para as regras que disciplinam a atividade probatória no processo penal condenatório), mas também para que se tenha em mente qual é a *ratio legis* por trás dos denominados “poderes instrutórios do juiz”, positivados no art. 156 do CPP (que, malgrado sido objeto de reforma legislativa ocorrida em 2008, mantém, substancialmente, a mesma redação original) e no item VII da Exposição de Motivos, que foi *redigida pelo próprio Francisco Campos*.

A constatação da essência autoritária do Código não conflita com a posição assumida nesse trabalho quanto à iniciativa instrutória do juiz. De fato, tal essência refletiu-se nos dispositivos legais, que conferem ampla (e, muitas vezes, exagerada) margem para atuação do juiz na iniciativa instrutória. O mais adequado seria uma reforma legislativa, para que se elaborasse um novo Código de Processo Penal, conforme ao modelo acusatório estabelecido pela Constituição Federal, com regras claras sobre os limites à iniciativa instrutória do juiz (como visto nos itens 1.6.1 e 1.6.3 *supra*). De todo modo, no atual cenário normativo, é necessário que os dispositivos legais relacionados à iniciativa instrutória oficial – sobretudo o art. 156 do CPP – sejam interpretados adequadamente, com vistas ao estabelecimento de tais (necessários) limites.

Colocadas essas três premissas, passe-se à análise da incidência da preclusão na atividade probatória no processo penal.

#### **4.2. Incidência da preclusão na atividade probatória das partes (acusação e defesa)**

Como será explanado abaixo, a única diferença que existe na incidência da preclusão entre a atividade probatória da acusação e a da defesa é a possibilidade do

---

<sup>620</sup> MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política... cit., p. 56.

afastamento da preclusão para a última (item 4.2.3.3 *infra*). No mais, como são partes antagônicas que devem ser tratadas de maneira igual no processo (por incidência do princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CF), em paridade de armas<sup>621</sup>, a incidência da preclusão se dá de maneira igual tanto para a acusação como para a defesa – como será demonstrado nos itens 4.2.2 e 4.2.3 *infra*.

#### 4.2.1. *Momentos da atividade probatória relacionados às partes*

Como visto no item 1.4 *supra*, adota-se, no presente trabalho, a classificação da atividade probatória em cinco momentos, que são, na sequência procedimental: *i*) investigação; *ii*) propositura; *iii*) admissão; *iv*) produção; *v*) valoração. Analise-se cada um para que, então, se verifique em quais deles as partes atuam.

O momento da *investigação*<sup>622</sup>, segundo GOMES FILHO, destina-se à busca de elementos de informação que possam autorizar ou evitar o início de uma ação penal<sup>623</sup>. Como se vê, tal momento é *extraprocessual* e, por essa razão (isto é, por ser alheia ao processo), está fora da análise a ser aqui empreendida (pois, como dito, o recorte dessa dissertação é o processo penal condenatório).

Já o momento da *propositura*<sup>624</sup>, compreendido como o requerimento feito ao juiz pela parte para introdução de um elemento de prova no processo, é, obviamente, *endoprocessual* e, em razão da necessária paridade de armas entre as partes, pode ser formulado tanto pela acusação como pela defesa.

O momento de *admissão*<sup>625</sup> da prova resume-se ao juízo de admissibilidade feito pelo juiz para permitir (ou não), segundo critérios de pertinência e relevância, a produção

---

<sup>621</sup> Segundo VIEIRA, “*paridade de armas no processo penal é a igual distribuição, durante o processo penal – desde a sua fase pré-judicial até a executiva –, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial*” (VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 236).

<sup>622</sup> Item 1.4.1 *supra*.

<sup>623</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 86.

<sup>624</sup> Item 1.4.2 *supra*.

<sup>625</sup> Item 1.4.3 *supra*.

de um determinado meio de prova. Trata-se, como se vê, de um ato exclusivo do juiz natural e alheio às partes.

Por sua vez, o momento de *produção*<sup>626</sup> do meio de prova conta com a participação não só da parte que a requereu, mas também da parte adversa, sob os auspícios do juiz. Trata-se de atividade de pleno interesse da parte que pediu a produção de determinado meio de prova – o que não elimina a necessidade nem de observância ao contraditório, para que a parte contrária possa participar da produção da prova, nem da participação do juiz. Para ilustrar o argumento, tome-se como exemplo a produção de um meio de prova testemunhal, à luz do que está disposto no art. 212 do CPP: como o interesse de se ouvir determinada testemunha é da parte que a arrolou, as primeiras perguntas são por ela formuladas; depois, em observância ao contraditório, possibilita-se à parte contrária que faça perguntas; e, por fim, subsidiariamente, na hipótese de haver algum ponto não esclarecido, poderá o juiz fazer perguntas.

O último momento, de *valoração*<sup>627</sup> da prova, é outro momento de atribuição exclusiva do juiz: instante de apreciação judicial do elemento de prova para construir o seu convencimento sobre as teses deduzidas pela acusação e pela defesa no processo.

Portanto, em exclusão, tem-se que: o momento de *investigação* não será objeto de análise, pois se situa fora do processo (e, assim, fora do recorte da presente pesquisa); os momentos de *admissão* e *valoração* tampouco serão analisados nesse tópico, pois são de atribuição do juiz. Conclui-se, com isso, que os momentos da atividade probatória que tem atuação direta das partes são apenas dois: o de *propositura* e o de *produção*. Sobre esses dois momentos é que será analisada a incidência da preclusão na atividade das partes.

Por fim, é importante fazer um esclarecimento terminológico: a menção à “atividade probatória” (tanto da parte como do juiz) toma como referência não o exercício de *todo* o direito à prova no processo penal, mas sim um *determinado meio de prova* (ou de obtenção de prova), especificamente considerado. É dizer: a referência aqui feita à atividade probatória das partes diz respeito à propositura e à produção de *um meio de prova específico* (v.g., a oitiva de uma testemunha, ou a realização de um exame pericial),

---

<sup>626</sup> Item 1.4.4 *supra*.

<sup>627</sup> Item 1.4.5 *supra*.

e não, genericamente, de *todos* os meios de prova deduzidos e produzidos no processo. Assim, quando se falar, por exemplo, no ato processual de *propositura* de um meio de prova, estar-se-á referindo a um meio de prova especificamente, e não a todos os meios de prova que foram propostos pela parte no processo.

Esse esclarecimento é importante para que se compreenda que a preclusão incidirá sobre cada atividade probatória exercida pelas partes no processo, isto é, sobre cada meio de prova que seja objeto da atividade probatória – quantos forem os meios de prova pedidos e produzidos no processo. Assim, a parte pode exercer vários atos processuais de *propositura* e de *produção* de meio de prova; e cada um desses atos deve ser analisado individualmente, para se constatar a incidência da preclusão em cada um deles.

#### **4.2.2. Preclusão na atividade probatória exercida pela acusação**

A ação penal é de *natureza pública*, pouco importando de quem seja a *iniciativa* – do órgão estatal (Ministério Público) ou do particular (querelante). Por isso, a atividade probatória exercida por esses dois possíveis acusadores é, *essencialmente*, a mesma: ambos dispõem dos mesmos momentos processuais para propositura e produção de meios de prova; e ambos dispõem das mesmas possibilidades probatórias.

A única diferença entre a atividade probatória de iniciativa pública e privada reside no instante de oferecimento do rol de testemunhas – no primeiro caso, junto com a denúncia (que deve ser oferecida nos prazos previstos no art. 46 do CPP); e, no segundo caso, com a queixa-crime (que pode ser oferecida no prazo decadencial previsto no art. 38 do CPP). De todo modo, como será visto abaixo, para fins de preclusão a consequência será a mesma para ambos acusadores.

Por isso, justifica-se a exposição conjunta (de Ministério Público e querelante) sob o viés da *acusação*. Daí que, nos pontos em que houver alguma especificidade para o Ministério Público ou para o querelante, far-se-á referência expressa a eles. Do contrário, quando o argumento for relativo a ambos, a referência será apenas por “acusação”.

Se, como visto acima, são dois os momentos em que as partes atuam no procedimento probatório, melhor que se analise a incidência da preclusão (sob as suas três modalidades) em cada uma delas, separadamente.

#### 4.2.2.1. *Propositura*

A primeira modalidade de preclusão que deve ser analisada para esse momento é a *temporal*, inclusive para balizar a análise das outras modalidades. E, dentro da preclusão temporal, a exposição deve ser feita sob duas perspectivas: por *fase* e por *prazo*.

Pela primeira perspectiva, mais ampla, a preclusão temporal *por fase* incide de maneira muito clara: é *preclusa* toda propositura de prova feita *após o término da fase instrutória*. Assim, desde o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime (arts. 41 e 46 do CPP) até o encerramento da *fase instrutória*, a acusação poderá deduzir seus pedidos de produção de meios de prova. A razão, aqui, é simples: a *prova* deve ser produzida (e, logicamente, antes disso *requerida*) na fase processual destinada a esta atividade – qual seja, a *instrução probatória*. Um pedido de produção de meio de prova formulado após o encerramento da instrução (por exemplo, em alegações finais ou mesmo em segundo grau de jurisdição, antes do julgamento de um recurso de apelação) fatalmente causaria tumulto processual, chocando-se frontalmente com a finalidade da preclusão como *princípio* – qual seja, o desenvolvimento ordenado do processo<sup>628</sup>.

Nesse ponto, é importante delimitar quais são os momentos processuais que determinam o encerramento da fase instrutória nos principais procedimentos previstos na legislação processual penal.

Assim, no procedimento *ordinário*, o encerramento da fase instrutória ocorre nos momentos estabelecidos nos arts. 403 e 404 do CPP: indeferidas ou realizadas as diligências requeridas no momento do art. 402 do CPP, o juiz declara encerrada a instrução e, ato contínuo, passa para os debates finais, que podem ser orais (art. 403, *caput*, do CPP)

---

<sup>628</sup>Nesse sentido: MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996, p. 16; VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão para o juiz no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179.

ou escritos (art. 403, § 3º e art. 404, parágrafo único, do CPP). Esse mesmo marco se aplica a outros procedimentos, que, por permissão legal (art. 394, § 5º, do CPP), podem ter as disposições do procedimento ordinário aplicadas subsidiariamente. Assim, no procedimento *sumário*, a instrução se encerra após o momento do art. 402 do CPP (aplicável pela permissão do art. 394, § 5º, do CPP), e antes dos debates (art. 534 do CPP); no procedimento *sumaríssimo*, igualmente, após o art. 402 do CPP (c.c. art. 394, § 5º, do CPP), e antes dos debates (art. 81, *caput*, da Lei 9.099/95).

Por sua vez, no procedimento do *júri*, a *primeira fase* comporta o mesmo raciocínio: a instrução se encerra após o art. 402 do CPP (c.c. art. 394, § 5º, do CPP), e antes dos debates (art. 411 do CPP). Já na *segunda fase* (isto é, após a decisão de pronúncia, nos termos dos arts. 413 e 421 do CPP), a *propositura* ocorre em um momento processual específico, qual seja, o do art. 422 do CPP, quando são indicados os meios de prova a serem produzidos diante do plenário (de modo que, aqui, incide a preclusão temporal *por prazo*), à *exceção da prova documental*, cuja propositura (que muitas vezes se confunde com a produção<sup>629</sup>) pode ocorrer até três dias úteis antes da realização do plenário (art. 479, *caput*, do CPP).

No procedimento dos *crimes de competência dos Tribunais*, o encerramento da fase instrutória ocorrerá após o momento do art. 10 da Lei 8.038/90 – e antes da abertura de vista às partes para apresentação de alegações escritas (art. 11, *caput*, da Lei 8.038/90). Já no procedimento da *Lei de Drogas*, a instrução se encerra após o momento do art. 402 do CPP (aplicável pela permissão do art. 394, § 5º, do CPP), e antes dos debates (art. 57 da Lei 11.343/06)<sup>630</sup>.

Sob a segunda perspectiva, mais pontual, a preclusão *temporal* também pode ocorrer por *prazo*, nas hipóteses previstas na legislação em que se cominar um *prazo próprio* para a propositura<sup>631</sup>. Isso ocorre tanto nas hipóteses em que a lei previr um prazo específico para a realização do ato, como naquelas em que o juiz fixar um prazo ou incidir

<sup>629</sup> Como explanado no item 1.4.4 *supra*.

<sup>630</sup> Optou-se, aqui, por tratar dos principais procedimentos penais. De todo modo, em outros procedimentos, deve-se analisar se há uma disposição que fixe um momento para eventuais requerimentos de diligências finais, após o interrogatório do acusado e antes dos debates orais ou apresentação de alegações finais escritas pelas partes. Se não houver uma disposição legal nesse sentido, aplica-se o art. 402 do CPP, pela permissão legal do art. 394, § 5º, do CPP.

<sup>631</sup> Como será visto abaixo, ainda nesse tópico, nas hipóteses de *prazo impróprio* incidirá a preclusão *consumativa* (e não temporal).

a norma geral do art. 218, § 3º, do CPC (aplicável ao processo penal subsidiariamente, em razão da permissão do art. 3º do CPP).

Conjugando-se essas duas perspectivas, chega-se à seguinte conclusão: a preclusão *temporal por prazo* incide nas hipóteses em que: *i*) a lei cominar um prazo específico para a realização do ato processual de propositura; *ii*) o juiz fixar um prazo; *iii*) inexistindo preceito legal ou determinação judicial, incidir o prazo geral de cinco dias (art. 218, § 3º, do CPC, c.c. art. 3º do CPP). Nas demais hipóteses de propositura de meios de prova, a preclusão temporal também incide, mas sob o prisma de *fase* – o pedido pode ser realizado apenas durante a *fase instrutória*; finda essa fase, incidirá a preclusão<sup>632</sup>.

Assim, podem ser elencados os seguintes exemplos para cada modalidade de preclusão temporal, extraídos das disposições do Código de Processo Penal:

*i) por fase:*

- art. 159, § 3º (formulação de quesitos e indicação de assistente técnico)<sup>633</sup>
- art. 159, § 5º, I (requerer a oitiva dos peritos) e II (indicar assistentes técnicos)<sup>634</sup>

*ii) por prazo:*

*ii.a) fixado em lei, especificamente para o ato:*

- art. 145, II (prazo de três dias para “prova das alegações” no incidente de falsidade)<sup>635</sup>
- art. 422 (prazo de cinco dias para propor meios de prova a serem produzidos para a sessão do júri)

<sup>632</sup> Por isso, qualquer pedido probatório deduzido pela parte em fase recursal será considerado precluso. Como será melhor explanado no item 4.3.3 *infra*, assume-se no trabalho o entendimento de que o art. 616 do CPP deve ser interpretado no sentido de que as diligências ali previstas podem ser realizadas apenas a pedido da defesa, com o afastamento da preclusão.

<sup>633</sup> A formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico pressupõem um *pedido* de produção de meio de prova pericial *complementar* à perícia realizada pelo órgão oficial – isto é, um outro laudo pericial, além daquele já realizado pelo perito oficial. A redação do art. 159 do CPP não é muito clara, mas, pela disposição topográfica de seus parágrafos, na hipótese do § 3º a parte pode *requerer* a produção de uma prova pericial complementar; e, para tanto, o pedido será instruído com os quesitos e/ou indicação de assistente técnico.

<sup>634</sup> Aqui o raciocínio é o mesmo aplicado ao § 3º do art. 159 do CPP: *requerer a oitiva dos peritos* (inciso I) significa *requerer a produção* de um meio de prova testemunhal (ou documental, caso as respostas aos quesitos sejam dadas por escrito); *indicar assistente técnico* (inciso II) significa *requerer a produção* de um meio de prova pericial (um laudo *complementar* àquele já produzido pelo perito oficial).

<sup>635</sup> Nesta hipótese, o inciso deve ser lido como prazo para *propor* a produção de meios de prova para a demonstração da tese sustentada pela parte.

- art. 523 (prazo de dois dias para contestar a exceção da verdade e indicar outras testemunhas, além daquelas arroladas na acusação)<sup>636</sup>

*ii.b) determinado pelo juiz ou regulado pelo art. 218, § 3º, do CPC:*

- art. 402 (caso o juiz fixe um prazo ou abra vista para as partes requererem as diligências finais)

Frise-se que esses são apenas exemplos, isto é, não exaurem as hipóteses de *propositura* que podem sofrer a incidência da preclusão temporal. Afinal, não há nenhum impedimento legal para que um pedido de produção de determinado meio de prova seja feito em um momento processual ou em outro (desde que, repita-se, dentro da fase de instrução). Assim, *v.g.*, o Ministério Público pode requerer a produção de um exame pericial de DNA tanto no momento de oferecimento da denúncia, como por petição simples depois do recebimento da denúncia (e antes da audiência de instrução, debates e julgamento), ou mesmo no último momento da fase instrutória (art. 402 do CPP). Tal possibilidade reflete a natureza *dinâmica* da fase instrutória: um meio de prova que não era de interesse da parte (por não parecer pertinente ou relevante) no início da instrução pode, com a produção de outros meios de prova, se mostrar, depois, pertinente ou relevante – e, assim, justificar o exercício do ato processual de *propositura*, mesmo que em um estágio avançado da fase instrutória.

Ainda a respeito da preclusão temporal por fase, é importante traçar alguns esclarecimentos sobre o *interrogatório* e sobre a *prova documental*.

A leitura fria do art. 196 do CPP pode levar à interpretação de que o interrogatório pode ser requerido pela acusação (e também pela defesa) em qualquer momento processual (“*a todo tempo*”), de modo a se subtrair à incidência da preclusão temporal. Essa, todavia, seria uma interpretação equivocada de tal norma.

---

<sup>636</sup> Via de regra, esse ato processual será exercido pelo querelante, pois os crimes contra a honra são procedidos mediante queixa (art. 145, *caput*, do CP). Contudo, em algumas hipóteses, esse ato processual de *propositura* de prova poderá ser realizado pelo Ministério Público – a saber, na hipótese do crime contra a honra ser processado mediante ação penal pública condicionada (arts. 139, parágrafo único, e 145, parágrafo único, do CP).

O interrogatório é um ato processual *obrigatório* no procedimento, de modo que deve ser realizado independentemente de pedido formulado pelas partes<sup>637</sup>. Assim, até o momento processual previsto para o interrogatório (após as oitivas das testemunhas de acusação e de defesa<sup>638</sup>), não há interesse de qualquer das partes em *propor* a realização do interrogatório, uma vez que ele é obrigatório. Ressalte-se, de todo modo, que a obrigatoriedade de realização desse ato na marcha processual não elimina a garantia constitucional que o réu tem de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, da CF) e, inclusive, a faculdade que tem de não comparecer no ato, mesmo que intimado para tanto<sup>639</sup>. Trata-se, assim, de enxergar a obrigatoriedade sob o ponto de vista do juiz (que *deve* oportunizar a realização desse ato, ainda que o réu não queira dele participar), de modo a se refletir na desnecessidade (por falta de interesse) das partes requererem a sua realização<sup>640</sup>.

Assim, a dúvida sobre a interpretação do art. 196 do CPP surge após o momento processual do interrogatório. Em outras palavras, a questão é estabelecer se, depois do momento processual previsto para a realização do interrogatório, pode a acusação *propor* a sua realização (caso não tenha ocorrido no momento previsto) ou a sua nova realização

---

<sup>637</sup> Assim sustenta BADARÓ: “O interrogatório é ato obrigatório. Não é necessário que qualquer das partes requeira o interrogatório do acusado, sendo a sua realização um dever do juiz. Embora seja um ato obrigatório, o acusado pode se valer do direito constitucional de permanecer calado (CR, art. 5º, LXIII)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 448).

<sup>638</sup> Nos termos dos arts. 400 (procedimento ordinário), 411 e 473 (respectivamente, primeira e segunda fases do procedimento do júri) e 531 (procedimento sumário), todos do CPP; e art. 81 da Lei 9.099/95 (procedimento sumaríssimo).

<sup>639</sup> Considerando-se, aqui, inconstitucional a condução coercitiva para o interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, por se chocar com a garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere*, prevista no art. 5º, LXIII, da CF.

<sup>640</sup> O entendimento aqui sustentado coaduna-se com a posição de DEZEM: “quando se fala na obrigatoriedade do interrogatório falamos justamente da obrigatoriedade da oportunidade do ato, ou seja, deve ser oportunizado ao acusado o direito de dar sua versão dos fatos” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 557). No mesmo sentido: “[...] o interrogatório é ato indispensável, desde que presente o autor da infração, até porque será através do interrogatório que o juiz irá ter o contato pessoal com o agora acusado, aferir sua personalidade e a credibilidade de sua versão” (LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 513.). Ainda: “[...] o interrogatório configura efetivamente direito do acusado, inserido na ampla defesa, resultando a nulidade absoluta do processo quando negada essa oportunidade ao réu. Por óbvio, isso não ocorrerá quando o acusado não comparecer injustificadamente à data prevista para o referido ato probatório. Afinal, como os demais meios de defesa, há etapas procedimentais específicas para a prática dos atos processuais” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 401). Para NUCCI, “é imprescindível o oferecimento, pelo magistrado, da oportunidade de ser ouvido, qualificando-o e colhendo dados pessoais (interrogatório de qualificação), bem como lhe oferecendo a ocasião de apresentar a sua versão sobre a acusação (interrogatório de mérito)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 484). Ressalte-se que, para esse autor, “o ideal seria o interrogatório como ato facultativo, a realizar-se a critério da defesa, quando o réu estivesse devidamente identificado e não necessitasse ser qualificado pelo juiz” (*ibidem*, p. 486), sustentando a possibilidade de condução coercitiva do réu ao interrogatório “caso [o juiz] necessite, por alguma razão, identificá-lo e qualificá-lo”, pois “quanto ao interrogatório de qualificação, não tem o réu direito ao silêncio” (*ibidem*, p. 689).

(caso tenha ocorrido no momento previsto e se pretenda refazê-lo). A resposta a essa indagação pode ser dada por duas perspectivas.

Assume-se, no presente trabalho, a premissa de que a natureza jurídica do interrogatório é de um *meio de defesa* (e não de um meio de prova)<sup>641</sup>. Com isso, vê-se que, depois do momento processual previsto para tanto, o interesse na propositura do ato surge apenas para a defesa, e não para a acusação. Afinal, sendo um meio de defesa, é apenas de seu interesse a realização desse ato processual após o momento que era previsto em lei para tanto. Assim, a acusação não poderá propor a realização do interrogatório por falta de interesse processual – e não por incidência da preclusão<sup>642</sup>.

De todo modo, caso se considere que a natureza jurídica é tanto de meio de defesa como de meio de prova<sup>643</sup> (com o que, frise-se, não se concorda), tem-se que o interesse da acusação para a *propositura* desse ato processual (enquanto *meio de prova*) subsiste entre o momento previsto para a realização do interrogatório e o final da instrução. Isto é, a acusação somente poderá requerer a realização do interrogatório no momento processual

<sup>641</sup> Segundo GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, “*consubstanciando-se a autodefesa enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.792/2003) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor a sua própria versão*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 75). Igualmente, BADARÓ sustenta que “*diante do direito ao silêncio do acusado, assegurado constitucionalmente (CR, art. 5.º, LXIII), o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como um meio de prova, tal qual previsto no CPP. Se o acusado pode se calar, não respondendo a nenhuma pergunta, o interrogatório não pode ser visto como um meio de prova, posto que não se destina a fornecer elementos de convicção para o juiz. Eventualmente, ao exercer a sua autodefesa, o acusado poderá fornecer algum elemento de convicção que possa ser considerado pelo juiz na formação de seu convencimento. Não é este, porém, o objetivo do interrogatório*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal... cit.*, p. 446). No mesmo sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal... cit.*, p. 556; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 547; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 277.

<sup>642</sup> Como será visto no item 4.2.3.1 *infra*, a defesa poderá *propor* a realização do interrogatório a qualquer momento, em razão de sua natureza de meio de defesa – não havendo, nessa hipótese, de se falar em preclusão sob o ponto de vista da atividade probatória.

<sup>643</sup> Essa é posição sustentada por LOPES JR., para quem “*as alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o sentire judicial materializado na sentença*” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 642). Da mesma maneira, para NUCCI “[...] *o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo*” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal... cit.*, p. 483). No mesmo sentido: LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal... cit.*, pp. 514-515.

do art. 402 do CPP; depois disso, com o fim da fase instrutória, estará preclusa a propositura desse ato por parte da acusação, por incidência da preclusão temporal por fase.

Em resumo, partindo da premissa de que o interrogatório é um meio de defesa (posição assumida nesse trabalho), a interpretação do art. 196 do CPP deve ser no sentido de que somente a defesa poderá *propor* a realização de novo interrogatório, a qualquer tempo após o momento processual previsto para o ato<sup>644</sup>. Caso se entenda que o interrogatório tem natureza jurídica tanto de meio de defesa como de meio de prova (com o que não se concorda, mas se considera apenas para fins de exposição do raciocínio), o art. 196 do CPP deve ser interpretado da seguinte maneira: após o momento processual previsto para o ato, a defesa pode *propor* a realização do interrogatório em qualquer momento do processo, em razão de seu interesse pelo meio de defesa que ele representa; por sua vez, a acusação somente poderá propor a realização do interrogatório no momento do art. 402 do CPP, pois seu interesse nesse ato processual de propositura é pela natureza jurídica de meio de prova do interrogatório (incidindo, aqui, a preclusão temporal por fase para a acusação).

Já no que diz respeito ao meio de prova *documental*, deve-se ressaltar, inicialmente, que, na maior parte das vezes, a sua propositura confunde-se com a sua produção<sup>645</sup>. Como se trata de uma prova pré-constituída, a petição em que se requer a juntada dos documentos a ela acostados acaba por misturar os dois momentos em um só: ao mesmo tempo em que se *propõe* o meio de prova, ele é introjetado no processo já *produzido*. Com isso, propositura e produção se confundem na prova testemunhal – sendo que sua admissibilidade será analisada em momento posterior<sup>646</sup>.

Posto isso, vê-se que grande parte da doutrina sustenta, sem maiores explicações, que, por força do art. 231 do CPP, a juntada de documentos (isto é, a *propositura* e a *produção* de prova documental) pode ocorrer em qualquer fase do processo – à exceção do procedimento do júri, em que a prova documental a ser debatida em plenário deve ser

---

<sup>644</sup> Frise-se que se fala, aqui, na possibilidade da defesa *propor*, *requerer* a realização do interrogatório. O deferimento ou não desse pedido dependerá da avaliação do juiz (e não é objeto da explicação ora empreendida).

<sup>645</sup> Fala-se em “maior parte das vezes” porque, na hipótese de se pedir ao juiz que requisite algum documento (v.g., que dependa de ordem judicial para sua apresentação, tal como ocorre em relação a um prontuário médico), os momentos de propositura e produção estarão separados na marcha processual (e, portanto, não se confundirão em um ato só).

<sup>646</sup> Assim explica: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 488.

juntada aos autos com antecedência mínima de três dias<sup>647</sup>. Para DEZEM, “a regra do processo penal permite maior liberdade de atuação do que o processo civil”, de modo que “no processo penal, não se verificam as regras preclusivas do processo civil, podendo o documento ser apresentado sempre que a lei não limitar esta apresentação”<sup>648</sup>.

Não se concorda com tal entendimento.

Não há qualquer motivo específico em relação à prova documental para que se permita a sua produção a qualquer tempo, diferentemente do que ocorre com os outros meios de prova. A prova documental, assim como a prova pericial e a prova testemunhal (entre outras), deve ser produzida em um momento ou fase processual específicos, para que não se tumultue o processo e, conseqüentemente, para que se possibilite o seu desenvolvimento ordenado. As atividades voltadas à reconstrução dos fatos devem se concentrar em uma fase específica do processo, qual seja, a fase instrutória, cuja *dinâmica* confere uma grande flexibilidade na produção de provas.

Nesse cenário, permitir a propositura/produção de prova documental depois de finda a instrução (por exemplo, em memoriais finais ou em grau recursal) geraria tumulto processual, pois os novos elementos de prova contidos no meio de prova documental poderiam gerar um retrocesso no processo. Especificamente para a acusação, a juntada de documentos, mesmo com a observância do contraditório para a defesa, pode colocar a defesa em posição de fragilidade, em ofensa à paridade de armas.

De mais a mais, sempre é importante ter em mente a essência autoritária do Código de Processo Penal, que, como visto acima (item 4.1.3 *supra*), busca o atingimento da

---

<sup>647</sup> Entre outros, v.: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., pp. 487-488; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 158; LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal...* cit., pp. 572-573; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal...* cit., pp. 623-624. Para PACELLI e FISCHER, “a regra, portanto, é que as provas documentais ou os documentos possam ser trazidos a qualquer tempo, desde que em condições para o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a preservação da efetividade do processo, a ser realizado em prazo razoável (ao menos em tese!)” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 464).

<sup>648</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal...* cit., p. 611. No mesmo sentido: “Ressalvado o procedimento no julgamento popular, a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa (Magna Carta, art. 5.º, LV) obsta a que o direito de a parte exibir documentos – que não se confunde com produção de provas a ser realizada pelo juiz – possa ser atingido pela preclusão” (DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004, p. 302).

“verdade”, com amplos poderes ao juiz para tanto. E essa essência se faz sentir nitidamente na prova documental: além da redação dos arts. 231 a 238 do CPP (que versam sobre os *documentos*) não ter passado por qualquer mudança legislativa (sendo, assim, a redação original, tal como concebida em 1941), há disposição (art. 234 do CPP) que permite ao juiz providenciar a juntada de documentos *de ofício*.

Assim, à luz do modelo acusatório adotado pela Constituição, e em observância à paridade de armas entre as partes, é necessário que se interprete com ressalvas o art. 231 do CPP, no sentido de *que a apresentação de documentos pelas partes é permitida em qualquer momento da fase instrutória*<sup>649</sup>. Desse modo, ao contrário do que entende a corrente majoritária da doutrina, sustenta-se, aqui, que a propositura e a produção (que se confundem em um mesmo ato) de prova documental pela acusação (e também pela defesa) *sofre a incidência da preclusão temporal por fase, sendo vedada a realização desse ato processual depois de encerrada a fase de instrução*.

Feitas essas explanações, passa-se, então, à análise da preclusão *consumativa*.

Essa modalidade de preclusão incide, para o Ministério Público, na hipótese em que a lei processual fixar um *prazo impróprio* para a propositura de um meio de prova. Aqui, a referência é propositalmente feita à “hipótese”, no *singular*, porque se vislumbra apenas uma situação em que isso pode ocorrer para o órgão acusatório: no *oferecimento de denúncia* (art. 46 do CPP), a qual deve conter o *rol de testemunhas* que o Ministério Público pretende que sejam ouvidas (arts. 41 e 406, § 2º do CPP). O raciocínio, aqui, é objetivo: o oferecimento de denúncia fora dos prazos previstos no art. 46 do CPP não gera qualquer nulidade para o ato, pois se trata de um *prazo impróprio*<sup>650</sup>. Contudo, esse prazo

---

<sup>649</sup> LOPES JR. partilha da mesma conclusão: “quanto ao momento da juntada, como regra, os documentos podem ser juntados ao processo (ou inquérito policial) até o encerramento da instrução” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 704).

<sup>650</sup> Como explica DEZEM, o descumprimento dos prazos previstos no art. 46 do CPP pode acarretar, como consequência *processual*, a revogação da prisão (caso o imputado esteja preso) ou a possibilidade de se ajuizar ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública; e, como consequência *extraprocessual*, pode significar violação de dever funcional pelo representante do Ministério Público (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal...* cit., p. 267). Desse modo, o ato processual de oferecimento (extemporâneo) da acusação, em si, não sofre qualquer consequência. Por isso é que se afirma que “a falaciosa estrutura do Código de Processo Penal induz o intérprete a acreditar que a limitação temporal deste artigo [46 do CPP] realmente produz efeitos quando, na verdade, observada de forma sistêmica, tem-se que tais disposições nada mais fazem que aparentar severidade. Com efeito, na situação de a pessoa denunciada estar solta, a superação dos 15 dias nada altera na sorte processual” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Vol. 1. Belo Horizonte:

impróprio para o oferecimento da acusação não pode ser replicado para a *propositura* do meio de prova testemunhal: se o Ministério Público oferecer uma denúncia um mês após ter recebido os autos do inquérito policial, não haverá nulidade; contudo, se, nesse mesmo exemplo, o Ministério Público oferecer o rol de testemunhas em quarenta dias (isto é, dez dias depois de oferecida a sua denúncia), o prazo já foi superado há muito tempo (o que explica a impossibilidade de incidência de preclusão temporal), mas o ato processual em que essa propositura deveria ter sido formulada já foi praticado. Assim, opera-se a preclusão *consumativa*<sup>651</sup>, pois a lei é expressa em determinar que o rol de testemunhas seja apresentado em um específico momento processual (e apenas nele) – qual seja, quando do oferecimento da denúncia<sup>652</sup>.

Especificamente para o querelante, não há que se falar em prazo impróprio para o oferecimento da queixa-crime, mas sim em prazo decadencial (art. 38 do CPP). De todo modo, a consequência para fins de preclusão é a mesma: como a lei é clara em determinar que o rol de testemunhas da acusação deve ser oferecido quando do oferecimento da queixa-crime (art. 41 do CPP), uma vez praticado esse ato processual (de oferecimento da queixa), se operará a preclusão consumativa quanto à propositura do meio de prova testemunhal. Em outras palavras, uma vez oferecida a queixa-crime sem o rol de testemunhas, o querelante não poderá indicar a prova testemunhal que pretende produzir em momento posterior, por incidência da preclusão consumativa.

Somente nessas duas hipóteses é possível vislumbrar a preclusão *consumativa* para a *propositura*. *Nas demais situações, não é possível falar nessa modalidade de preclusão*, pois a dedução de um pedido não impede que, diante de sua rejeição (isto é, de uma

---

D'Plácido, 2017, pp. 261-262). No mesmo sentido: “*não se impõe, pelo não cumprimento dos quinze dias, qualquer sanção processual à parte desidiosa, mas apenas disciplinar, se for o caso. Assim, mesmo depois dos quinze dias, o que vem ocorrendo com muita frequência, diante do acúmulo de serviço dos promotores, pode haver o oferecimento de denúncia, desde que o ofendido já não o tenha feito – o que, admita-se, é raríssimo*” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal...* cit., p. 183)

<sup>651</sup> O exemplo aqui colocado trata da hipótese de oferecimento de denúncia fora do prazo previsto no art. 46 do CPP. Caso o Ministério Público ofereça, tempestivamente, uma denúncia sem rol de testemunhas, poderá, em um segundo momento, emendar o ato processual com a propositura do meio de prova testemunhal, *desde que essa emenda seja realizada dentro do prazo*. Assim, por exemplo, em caso de réu solto, se o órgão acusatório apresentar uma denúncia sem rol de testemunhas no quinto dia de prazo, poderá, dentro dos dez dias restantes do prazo, *propor* o referido meio de prova. Depois disso, incidirá a preclusão consumativa. Nesse sentido, pela possibilidade de emenda do ato processual dentro do prazo, v.: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 151-154.

<sup>652</sup> Nesse sentido: “*embora o momento procedimental para requerer a oitiva de testemunha seja no oferecimento da denúncia ou queixa, a ausência do rol não torna a peça acusatória inepta. Haverá apenas a preclusão do direito de produzir a prova testemunhal acusatória*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...* cit., p. 205).

decisão que não admite a produção de um meio de prova), o órgão acusatório possa, posteriormente, reiterar esse pedido (ou seja, praticar o mesmo ato processual de propositura). O motivo disso reside no fato de que (como será visto no item 4.3.2 *infra*) o juízo de admissibilidade (realizado pelo magistrado) não sofre preclusão consumativa nem lógica (apenas temporal por fase), em razão da natureza dinâmica da instrução: um meio de prova que, em um primeiro momento, for considerado irrelevante ou impertinente pelo juiz pode, posteriormente, com o desenrolar da instrução (e, assim, com a produção de outros meios de prova), se mostrar pertinente ou relevante – e, portanto, motivar o juiz a reconsiderar a decisão de inadmissibilidade. Em resumo, se um pedido de propositura for indeferido, ele pode ser reiterado porque ao juiz é permitido reconsiderar aquela decisão inicial de inadmissibilidade (ou, em outras palavras, porque o momento probatório de admissibilidade, a ser realizado pelo juiz, não sofre incidência de preclusão consumativa nem lógica, apenas temporal por fase).

Também em razão da natureza *dinâmica* da instrução, não incide preclusão *lógica* para o ato processual de *propositura* pela acusação. Na hipótese de se manifestar expressamente no processo pela não propositura de um determinado meio de prova (por exemplo, consignar, em um determinado momento processual, que não vê necessidade na realização de um exame pericial), não haverá incoerência se, em um momento posterior, o órgão acusatório *propuser* tal meio de prova: a introjeção de outros elementos de prova na ação penal pode fazer com que aquele meio de prova que inicialmente não era de interesse da acusação se torne, depois, importante para a demonstração da tese acusatória. Em outras palavras, com o desenrolar da instrução (e com a melhor reconstrução dos fatos) não haverá incompatibilidade lógica na mudança de entendimento da acusação quanto à propositura de um determinado meio de prova.

Assim, em resumo, no ato processual de *propositura* exercido pela acusação:

*i)* incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;

*ii)* incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a propositura, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);

*iii)* incide a preclusão *consumativa* apenas na propositura do rol de testemunhas quando do oferecimento *intempestivo* da denúncia ou da queixa-crime;

iv) *não* incide a preclusão *consumativa* na reiteração de pedido de produção de meio de prova, uma vez que, em razão da natureza dinâmica da instrução, o juiz pode admitir uma prova inicialmente inadmitida;

v) *não* incide a preclusão *lógica*, pois, ainda que o órgão tenha expressamente desistido de (ou renunciado a) um pedido de produção de meio de prova, o desenrolar da instrução pode fazer com que aquela prova (que, a princípio, parecia impertinente ou irrelevante) seja de interesse da acusação e, assim, a motive a propor esse meio de prova.

#### 4.2.2.2. *Produção*

O ato processual de *produção* de um meio de prova (que, repita-se, pressupõe a sua anterior admissão) não é necessariamente realizado apenas por uma das partes. É possível imaginar uma prova *produzida* por ato unilateral (isto é, apenas pela acusação ou pela defesa), como, por exemplo, uma prova documental ou um laudo pericial elaborado pelo assistente técnico da parte. De todo modo, em várias hipóteses a *produção* de um meio de prova é realizada em conjunto, com a participação da defesa e sob o controle judicial. Para ilustrar essa última afirmação, pense-se no meio de prova testemunhal: a testemunha é ouvida em uma audiência da qual participam acusação, defesa e juiz. A parte que arrolou a testemunha inicia a *produção* do meio de prova, fazendo as suas perguntas; após isso, a defesa também participa da produção, fazendo as suas perguntas; e, ao final, subsidiariamente pode o juiz também participar dessa produção, caso haja algum ponto não esclarecido (art. 212 do CPP). Da mesma maneira ocorre em um meio de prova pericial, na medida em que o exame pericial requerido por uma das partes pode ser objeto de quesitos elaborados pela parte adversa.

Feito esse esclarecimento, passe-se à análise da incidência da preclusão nos atos de *produção* de meio de prova realizados pela acusação.

Quanto à preclusão *temporal*, repetem-se, aqui, os mesmos argumentos que foram traçados em relação à *propositura* (item 4.2.2.1.1 *supra*): a produção do meio de prova pela acusação sofre a incidência da preclusão temporal por fase e, também, a depender da disposição legal que regular o ato processual, da preclusão temporal por *prazo*. Nesse

sentido, podem ser elencados os seguintes exemplos para cada modalidade de preclusão temporal:

*i) por fase:*

- art. 159, § 3º (formular quesitos, na hipótese em que o exame pericial já tenha sido admitido, mas ainda não tenha sido produzido)<sup>653</sup>
- art. 176 (formulação de quesitos até o ato da diligência)<sup>654</sup>

*ii) por prazo:*

*ii.a) fixado em lei, especificamente para o ato:*

- art. 159, § 5º, I (dez dias de antecedência para apresentação dos quesitos a serem respondidos pelos peritos)<sup>655</sup>

*ii.b) determinado pelo juiz:*

- art. 159, § 5º, II (apresentação do parecer pelo assistente técnico)
- art. 221, § 1º (perguntas formuladas para autoridades que optem por prestar depoimento por escrito)<sup>656</sup>
- art. 222-A, § 1º (perguntas formuladas para instruir carta rogatória)<sup>657</sup>

No que diz respeito ao interrogatório, a sua *produção* não sofre incidência da preclusão, pois, como visto acima, o que pode sofrer a incidência da preclusão temporal é a sua *propositura* (isto é, o pedido formulado pela acusação para a sua realização). Caso a defesa requeira a realização de novo interrogatório depois de finda a instrução probatória<sup>658</sup>, a acusação poderá acompanhar a produção dessa prova, inclusive por observância ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Assim, para a

---

<sup>653</sup> Nessa hipótese, o perito, ao elaborar o laudo, já responderá aos quesitos formulados pela parte (o que, em certa medida, se confunde com a previsão do art. 176 do CPP).

<sup>654</sup> Nessa hipótese, pressupõe-se que a prova pericial já tenha sido admitida pelo juiz; assim, os quesitos serão oferecidos pelas partes para que o perito os responda junto com a própria elaboração do laudo.

<sup>655</sup> Nessa hipótese, o meio de prova pericial já foi admitido, de modo que o oferecimento de quesitos é uma etapa da atividade de produção desse meio de prova.

<sup>656</sup> Também nesse hipótese, o meio de prova testemunhal já foi admitido, de modo que a apresentação das perguntas está inserida no momento de produção desse meio de prova.

<sup>657</sup> Faz-se, aqui, remissão aos comentários feitos ao artigo anterior.

<sup>658</sup> Como será melhor explicado abaixo (item 4.2.3.1 *infra*), a propositura do interrogatório pela defesa é possível e não sofre a incidência da preclusão, por ser um meio de defesa do imputado (especificamente, de *autodefesa*), protegido pelo princípio constitucional da ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da CF).

acusação, a preclusão temporal incide para a *propositura* do interrogatório; mas não incide para a *produção*.

As considerações feitas acima sobre a prova documental (item 4.2.2.1.1 *supra*) podem ser repetidas aqui, principalmente porque os momentos de *propositura* e *produção* da prova documental se confundem em um só (qual seja, no momento de *apresentação* dos documentos no processo). Assim, fazendo-se remissão ao raciocínio acima construído, pode-se afirmar que a *produção* de prova documental sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*, sendo vedada (isto é, preclusa) a sua produção após o término da fase instrutória.

Por sua vez, é de se notar que a preclusão *consumativa* atinge o ato processual de *produção* do meio de prova.

Ora, uma vez produzido o meio de prova, estará satisfeito o interesse probatório da acusação sobre aquele objeto de prova, de maneira que seria inútil e contraprodutiva a reiteração do ato de produção. Assim, por exemplo, o depoimento de uma testemunha arrolada pela acusação não pode ser refeito (isto é, *reproduzido*) por seu próprio *interesse* (por exemplo, se tiver esquecido de fazer uma determinada pergunta à testemunha). Nem mesmo o surgimento de outro elemento de prova após a produção da prova testemunhal (que pudesse dar ensejo a uma nova pergunta à testemunha) poderia justificar a *reprodução* do ato. Afinal, como visto acima, a ideia de ônus (que se relaciona tanto com o ônus da prova, como com a atividade das partes sujeita à preclusão)<sup>659</sup> está ligada à *autodeterminação* e à *autorresponsabilidade* da parte, de modo que ela deve arcar com as consequências de não ter produzido adequadamente o meio de prova. Cada parte deve planejar com cuidado a sua atividade probatória e, inclusive, antever a atividade probatória da parte adversa, de modo a se preparar para a produção probatória. Caso não o faça, o ato processual de produção estará precluso (por preclusão consumativa), arcando a parte com desvantagens decorrentes da má prática de seu ato processual.

Nesse ponto, não se pode confundir um novo elemento de prova que esteja conforme ao *thema probandum* (isto é, dentro do quadro acusatório delimitado na denúncia

---

<sup>659</sup> Itens 1.5 e 2.4.2.1 *supra*, respectivamente.

ou na queixa-crime) com um novo elemento de prova que esteja fora dele e, portanto, se relacione com *um fato que não é objeto da acusação*: essa segunda hipótese daria ensejo ao aditamento à denúncia (art. 384 do CPP), que, por sua vez, implica nova instrução (na qual a testemunha poderá ser novamente ouvida, inclusive sendo indagada sobre o novo elemento de prova).

Por fim, não há que se falar em preclusão *lógica* na produção de prova pelo Ministério Público, porquanto não é possível imaginar uma situação que a produção de um meio de prova seja logicamente incompatível com um ato anterior (de produção). O ato processual de *produção* de meio de prova somente pode ser realizado em um sentido (ou se produz o meio de prova, ou não), de modo a não ser possível imaginar uma situação de incompatibilidade lógica entre dois atos de produção.

Assim, em suma, no ato processual de *produção* exercido pela acusação:

i) incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;

ii) incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a produção, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);

iii) incide a preclusão *consumativa*, não sendo possível *reproduzir* o meio de prova;

iv) *não* incide a preclusão *lógica*, pois não há como se imaginar em incompatibilidade lógica entre dois atos de *produção* de meio de prova.

#### **4.2.3. Preclusão na atividade probatória exercida pela defesa**

Como mencionado acima (item 4.2 *supra*), a essência da atividade probatória da defesa é a mesma da acusação. Afinal, considerando-se que o direito à prova está ligado tanto ao direito de ação como ao direito de defesa<sup>660</sup>, bem como que o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), ao ser aplicado ao processo, acarreta a necessária observância da paridade de armas entre as partes, chega-se à conclusão de que a atividade probatória da defesa deve estar em pé de igualdade com a da acusação. Assim,

---

<sup>660</sup> Para maiores considerações sobre os fundamentos normativos do direito à prova, v. item 1.3.1 *supra*.

em um plano abstrato, o desenvolvimento da atividade probatória pela defesa deve ser o mesmo da acusação: ambas as partes poderão exercer os mesmos atos processuais de propositura e de produção de meio de prova, sem qualquer distinção.

Ocorre que, como será visto abaixo (item 4.2.3.3 *infra*), em decorrência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a incidência da preclusão na atividade probatória da defesa pode ser afastada, a depender do caso concreto e da avaliação feita pelo juiz sob o critério do *risco* da preclusão<sup>661</sup>.

Isso, contudo, não elimina a igualdade entre as partes na atividade probatória. Por certo, uma coisa é dizer que ambas devem ter a possibilidade de praticar os mesmos atos probatórios durante o processo; outra coisa é dizer que, para a defesa, por uma escolha política (positivada em um princípio constitucional), será possível afastar a preclusão na sua atividade probatória.

Claro que o afastamento da incidência da preclusão para a defesa pode fazer com que a defesa possa, em última análise, realizar sua atividade probatória em extensão maior que a acusação. É dizer, no plano concreto, é possível que o afastamento da preclusão confira à defesa mais momentos para exercer o seu direito à prova do que teve a acusação. Isso, contudo, não conflita com o raciocínio de que, sob o ponto de vista do exercício do direito à prova, ambas as partes devem ter as mesmas possibilidades probatórias – isto é, a lei deve prever que ambas as partes possam pedir e produzir os mesmos meios de prova, sem qualquer distinção entre os meios de prova à disposição de uma ou de outra parte.

Nesse contexto, a escolha política pela ampla defesa decorre de uma desigualdade existente entre o poder estatal de acusar (e o aparato estatal disponível para tanto) e a capacidade do indivíduo, por si só, se defender. Esse desequilíbrio de forças fez com que o constituinte optasse por nivelar essa disparidade pela previsão da ampla defesa – o que apenas indiretamente se reflete na atividade probatória.

---

<sup>661</sup> Para maiores considerações sobre o conceito de preclusão como *risco calculado* e sobre o critério de afastamento da preclusão da atividade probatória da defesa, v. capítulo 3 *supra*, especialmente os itens 3.2 e 3.3.

Por isso é que se disse acima que, *em essência*, a atividade probatória da acusação e da defesa é a mesma. A particularidade que existe para uma parte (e não para outra) é um valor político de *reforçar* a defesa, em razão do interesse público subjacente à reação defensiva do indivíduo contra o poder estatal de acusar.

Feitas essas considerações, passa-se à explanação da incidência da preclusão em cada uma das atividades probatórias realizadas pela defesa. Como se pode antever, as conclusões a serem alcançadas aqui serão as mesmas que foram formuladas para a atividade da acusação. A diferença é que, para a defesa, se discorrerá sobre a possibilidade de afastamento da preclusão na atividade probatória (o que não ocorre para a acusação, pois ela não tem o apoio de um princípio constitucional equivalente ao da ampla defesa).

Assim, a exposição nesse tópico tentará ser objetiva, de modo que, para qualquer esclarecimento adicional, desde já se faz remissão aos argumentos declinados no item 4.2.2 *supra*.

#### 4.2.3.1. *Propositura*

Da mesma maneira como ocorre para o Ministério Público, as atividades de propositura da prova realizadas pela defesa também sofrem a incidência de preclusão *temporal*, por *fase* e por *prazo*. Os exemplos acima citados podem ser replicados aqui, sem qualquer ressalva.

Igualmente, as mesmas conclusões alcançadas sobre o interrogatório e sobre a prova documental se aplicam para a atividade da defesa. Assim, o *interrogatório* poderá ser requerido pela defesa somente após o momento processual previsto para o ato, sem que sofra a incidência da preclusão, pois a sua natureza de meio de defesa possibilita que, à luz do art. 196 do CPP, tal pedido seja realizado “*a qualquer tempo*”. Em outras palavras, a adequada interpretação do art. 196 do CPP é no sentido de que a defesa pode *propor* a produção de novo interrogatório em qualquer tempo (desde que, logicamente, após o momento processual que era previsto para o interrogatório), em razão do interesse que ela possui na realização desse ato como meio de defesa.

A *prova documental*, igualmente, sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*, de modo que, finda a fase instrutória, não poderá a defesa promover a juntada de qualquer documento aos autos.

O raciocínio sobre a preclusão *consumativa* também se replica aqui, mas com uma pequena ressalva: o *prazo impróprio* que se cuida para a defesa é o da resposta à acusação (arts. 396 e 406 do CPP), oportunidade em que poderá “*arrolar testemunhas*” (arts. 396-A e 406, § 3º, do CPP). Tanto se trata de um prazo impróprio que tal peça é obrigatória<sup>662</sup>: caso ela não seja apresentada no prazo de dez dias, o juiz deverá nomear defensor para oferecê-la (arts. 396-A, § 2º, e 408 do CPP), sendo que o prosseguimento da ação penal sem essa peça é causa de nulidade absoluta<sup>663</sup>.

Assim, como a lei é clara em determinar que o rol de testemunhas da defesa deve ser oferecido quando do oferecimento da resposta à acusação (art. 396-A do CPP), uma vez praticado esse ato processual (de oferecimento da resposta, mesmo fora do prazo), se operará a preclusão consumativa quanto à propositura do meio de prova testemunhal. Em outras palavras, se oferecida a resposta à acusação (fora do prazo) sem o rol de testemunhas, a defesa não poderá indicar a prova testemunhal que pretende produzir em momento posterior, por incidência da preclusão consumativa<sup>664</sup>.

Como se vê, o exemplo aqui colocado trata da hipótese de oferecimento de resposta à acusação fora do prazo de dez dias (art. 396 do CPP). Na hipótese da defesa apresentar tal peça tempestivamente sem o rol de testemunhas, poderá emendar o ato com a propositura desse meio de prova, desde que dentro do prazo restante. Pense-se, por exemplo, em situação em que a resposta seja oferecida sem o rol de testemunhas no quinto dia de prazo: a defesa poderá propor a produção desse meio de prova nos cinco dias restantes do prazo. A preclusão consumativa, assim, atingirá o ato de propositura do meio de prova testemunhal caso seja praticado após a fluência do prazo de dez dias (art. 396 do CPP).

---

<sup>662</sup> Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal...* cit., p. 929; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal...* cit., p. 521; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal...* cit., p. 833.

<sup>663</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 236; PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal...* cit., p. 846.

<sup>664</sup> Nesse sentido, pela possibilidade de emenda do ato processual dentro do prazo, v.: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., pp. 151-154.

No mais, tal como para o Ministério Público, não há que se falar em preclusão consumativa para os demais atos de propositura de prova, pois, em razão da natureza dinâmica da instrução, a defesa pode reiterar o pedido de produção de um meio de prova, tendo em vista que o juízo de admissibilidade não preclui.

Por fim, tampouco há preclusão lógica para a propositura de prova pela defesa, pois, também em razão da natureza dinâmica da instrução, um meio de prova que, em um primeiro momento, não era de interesse da parte pode, posteriormente, com o desenrolar da instrução, mostrar-se pertinente e relevante e, assim, motivar a sua propositura perante o juiz.

Portanto, no ato processual de *propositura* exercido pela defesa:

i) incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;

ii) incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a propositura, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);

iii) incide a preclusão *consumativa* apenas na propositura do rol de testemunhas quando do oferecimento *intempestivo* da resposta à acusação;

iv) *não* incide a preclusão *consumativa* na reiteração de pedido de produção de meio de prova, uma vez que, em razão da natureza dinâmica da instrução, o juiz pode admitir uma prova inicialmente inadmitida;

v) *não* incide a preclusão *lógica*, pois, ainda que a defesa tenha expressamente desistido de (ou renunciado a) um pedido de produção de meio de prova, o desenrolar da instrução pode fazer com que aquela prova (que, a princípio, parecia impertinente ou irrelevante) seja de interesse da parte e, assim, a motive a propor esse meio de prova.

#### 4.2.3.2. *Produção*

Também em relação ao ato processual de *produção* de um meio de prova podem ser repetidas, para a defesa, as mesmas ideias acima expostas para a acusação – levando-se em consideração que a *produção* de um meio de prova não necessariamente é um ato

unilateral, de modo que pode ser praticado em conjunto, isto é, com a acusação e com o juiz.

Tal como se dá o ato de propositura, igualmente a *produção* sofre a incidência da preclusão *temporal*, por *fase* e por *prazo*. Para se evitar desnecessárias repetições, faz-se, aqui, remissão aos exemplos acima elencados para a acusação (item 4.2.2.1.2 *supra*), que podem ser perfeitamente replicados para a atividade exercida pela defesa.

Quanto ao interrogatório, como o seu ato de propositura pela defesa não preclui (em razão da interpretação que ora se adota do art. 196 do CPP), tampouco a sua produção sofrerá incidência da preclusão.

Já em relação à prova documental, repetem-se, aqui, as conclusões alcançadas em relação à sua propositura (itens 4.2.3.1 e 4.2.2.1.1 *supra*), uma vez que, na maior parte das vezes, tais momentos processuais se confundem em um só. Assim, em resumo, a *produção* de prova documental sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*, de modo que esse a realização desse ato processual (de produção) pela defesa após o término da fase instrutória será preclusa.

A preclusão *consumativa*, por sua vez, atinge a *produção* do meio de prova pela defesa tal como atinge a da acusação, pelos mesmos motivos lá declinados. Em suma, como a ideia de ônus (que é a base do conceito de preclusão) está ligada à *autodeterminação* e à *autorresponsabilidade* da parte, a defesa deve arcar com as consequências de eventual má realização do ato processual. Tomando-se a preclusão como técnica para o desenvolvimento ordenado do processo (item 2 *supra*), de modo a impedir retrocessos causados apenas pela vontade das partes, não é possível permitir que um ato processual de produção de meio de prova seja *refeito* ao bel-prazer da defesa – sobretudo porque, muitas vezes, a produção demanda a participação dos outros sujeitos processuais, de modo a causar tumulto para todo o processo. Daí a necessidade de incidência da preclusão consumativa na produção de meio de prova pela defesa (tal como pela acusação).

Por fim, não há incidência de preclusão *lógica* para o ato processual de produção de prova pela defesa, pois não é possível imaginar uma situação em que uma produção probatória seria incompatível com um ato de produção anterior. Ou o meio de prova é

produzido (e somente pode sê-lo em um sentido), ou não o é. Não há outra alternativa possível e, conseqüentemente, não há como se falar em incompatibilidade lógica entre dois atos de produção de um mesmo meio de prova.

Com isso, em síntese, no ato processual de *produção* exercido pela defesa:

i) incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;

ii) incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a propositura, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);

iii) incide a preclusão *consumativa*, não sendo possível *reproduzir* o meio de prova;

iv) *não* incide a preclusão *lógica*, pois não há como se imaginar em incompatibilidade lógica entre dois atos de *produção* de meio de prova.

#### 4.2.3.3. *Possibilidade de afastamento da incidência da preclusão na atividade probatória da defesa*

Com a exposição sobre a incidência da preclusão nos atos de *propositura* e de *admissão* de prova pela defesa, faz-se necessário retomar as ideias expostas no item 3.3 *supra* para se analisar a possibilidade de afastamento da preclusão na atividade probatória exercida pela defesa.

A opção política pela positivação da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) pode ser perfeitamente amoldada ao conceito de preclusão, sem eliminá-lo das atividades processuais realizadas pela defesa. A incidência desse princípio constitucional não é absoluta, de modo que não pode resultar no mero afastamento da preclusão para todas as atividades da defesa. Longe disso, deve se coadunar com ela, de modo a permitir tanto o desenvolvimento ordenado do processo como amplas possibilidades à defesa para exercer a sua atividade processual.

Nesse contexto, a incidência da ampla defesa no regime preclusivo acarreta a possibilidade do afastamento da preclusão para a defesa, mas apenas no seu exercício do direito à prova. Isso porque, compreendida a preclusão como um *risco calculado* (item 3.2

*supra*), vê-se que a atividade probatória guarda relação direta com o fator de *reconstrução dos fatos*, que compõe o *risco* da preclusão (junto com o fator *tempo*). Não obstante o ônus da prova seja da acusação (de modo que a defesa tem um ônus *imperfeito*)<sup>665</sup>, do princípio constitucional da ampla defesa decorre a necessidade de se conferir as mais amplas oportunidades para que o indivíduo possa se defender – e uma das maneiras para tanto é justamente *provando* a sua tese defensiva. É dizer, a defesa também tem um interesse na produção de meios de prova, uma vez que uma das maneiras de exercer a defesa é justamente contrapor-se à acusação, deduzindo uma tese contrária a ela. Não tem a defesa o *ônus* – tampouco o *dever* – de deduzir uma tese em contraposição àquela acusatória. Mas, se o fizer, por aplicação do princípio constitucional da ampla defesa, deve ter amplas oportunidades para que possa demonstrar a sua tese defensiva.

Daí que, da ponderação entre os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (na medida em que a preclusão, como *princípio*, possibilita um desenvolvimento ordenado do processo), resulta a *possibilidade* de afastamento da incidência da preclusão apenas nas atividades probatórias exercidas pela defesa. Esse afastamento, contudo, não pode aniquilar a finalidade da preclusão (desenvolvimento ordenado do processo, impedindo o seu retrocesso), pois isso representaria não uma ponderação, mas sim a prevalência do princípio constitucional da ampla defesa em total detrimento do devido processo legal<sup>666</sup>. Por isso é que, com base na ideia de preclusão como *risco*, se propôs um critério para guiar a análise judicial sobre o possível afastamento da preclusão em cada caso concreto (itens 3.2.2 e 3.3 *supra*).

Assim, o critério de *cálculo de risco* da preclusão, pelos seus fatores componentes (*reconstrução dos fatos* e *tempo*), permite ao juiz analisar se é possível ou não afastar a incidência da preclusão para um determinado ato processual probatório (de *propositura* ou

---

<sup>665</sup> Item 1.5 *supra*.

<sup>666</sup> Por isso, não se concorda com a posição de SUANNES, no sentido de que “*a preclusão somente pode ser invocada em benefício do acusado*”, pois “*enquanto no processo civil a previsão legal das preclusões impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal isso não se justifica, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses dois tipos de processo*” (SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 85). Sustentar que a preclusão só pode ser reconhecida em benefício do acusado significa, em última análise, impor ao processo um desenvolvimento que atenda apenas aos interesses de uma parte. Não seria, assim, um desenvolvimento ordenado do processo. Ademais, o critério proposto pelo autor pauta-se pela vantagem oriunda da preclusão (no caso, para o imputado), sendo que a análise desse instituto deve ocorrer independentemente de qual seja a vantagem (ou desvantagem) dela oriunda.

de *produção*) realizado pela defesa. Nesse contexto, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se o afastamento da incidência da preclusão não ultrapassaria os limites do *risco calculado* da preclusão naquele momento processual específico – é dizer, se o afastamento não geraria uma situação em que o *cálculo* do *risco* da preclusão seria diferente daquele estabelecido para momento processual em análise. O afastamento da preclusão, assim, não pode significar uma total ruptura do *cálculo do risco* entre as exigências de *melhor reconstrução possível dos fatos* e *celeridade processual* naquele momento processual específico.

A ideia aqui sugerida pode ser melhor vislumbrada com alguns exemplos, que serão deduzidos em ordem cronológica do desenvolvimento processual (isto é, do início ao fim do procedimento penal). Topicamente, são eles:

i) *oferecimento do rol de testemunhas após a apresentação da resposta à acusação*: a apresentação da resposta à acusação gera a preclusão consumativa para posterior propositura de meio de prova testemunhal. Para esse exemplo, considere-se que o oferecimento do rol de testemunhas foi realizado fora do prazo de dez dias após a citação<sup>667</sup>. Assim, o juiz terá que analisar, no caso concreto, se o afastamento da preclusão não geraria uma *ruptura* no cálculo das exigências de melhor acerto fático possível e de duração razoável do processo. Considerando que se está ainda no início da fase instrutória, se a defesa tiver apresentado o rol antes da audiência de instrução, debates e julgamento (de modo a haver tempo hábil para a intimação das testemunhas que se pretende ouvir), o juiz deve afastar a incidência da preclusão, por considerar que essa medida atende à exigência de melhor reconstrução possível dos fatos e não diminui o peso da exigência de duração razoável (pois o acolhimento do pedido não retardará o andamento do processo). A avaliação seria outra se, por exemplo, as testemunhas arroladas pela defesa residissem todas fora da comarca, pois, daí, o fator *tempo* seria impactado de forma diversa.

ii) *apresentação de rol de testemunhas fora do prazo previsto no art. 422 do CPP*: o raciocínio, aqui, assemelha-se ao da primeira hipótese. Assim, se a defesa propuser esse

---

<sup>667</sup> Isso porque, como visto acima, se o rol for posteriormente oferecido ainda dentro do prazo de dez dias após a citação do acusado, não incidirá a preclusão, pois, dentro do prazo, seria possível a emenda do ato processual.

meio de prova com tempo hábil para a intimação das testemunhas para a sessão do júri, o juiz pode considerar que o afastamento da preclusão para esse ato está conforme ao risco da preclusão para aquele momento processual, isto é, não diminui a exigência de duração razoável do processo (pois não implicaria demora para o processo) e atende à exigência de melhor reconstrução possível dos fatos.

*iii) apresentação de parecer pelo assistente técnico fora do prazo determinado pelo juiz (art. 159, § 5º, do CPP):* se o parecer for apresentado durante a fase de instrução, não haverá impacto no fator *tempo* do risco da preclusão, de modo que será possível afastar a incidência da preclusão *temporal (por prazo)* para esse ato processual de produção de meio de prova pela defesa.

*iv) pedido reoitiva de testemunha (durante a fase instrutória):* imagine-se que, no momento do art. 402 do CPP, a defesa requeira que uma testemunha por ela arrolada seja novamente ouvida. Nessa situação, que se situa em um estágio avançado da fase instrutória, o juiz deve levar em consideração: quanto ao *tempo*, a duração do processo até aquele momento e o tempo que essa diligência demandaria (considerando não só a reprodução do ato processual, mas também a necessidade de se reinterrogar o réu após isso); e, quanto à *reconstrução dos fatos*, como essa reprodução atenderia à exigência de melhor acerto fático possível (se, por exemplo, houve algum elemento de prova juntado aos autos após o primeiro depoimento que justifique a reprodução do ato). Não é possível, aqui, propor uma solução *a priori*, pois, dados os contornos dessa hipótese, a análise da eventual ruptura do risco depende das circunstâncias concretas do caso.

*v) propositura de meio de prova realizada em alegações finais:* nessa hipótese, a análise judicial deve levar em consideração, por um lado, o tempo já transcorrido até aquele momento da persecução penal e o tempo que o meio de prova requerido pela defesa demandaria para sua produção; e, por outro lado, se essa diligência atenderia (ou não) à exigência de melhor acerto fático possível. Se, nessa análise, o juiz constatar que o acolhimento do pedido não acarreta significativo incremento na melhor reconstrução possível dos fatos, não haverá justificativa para a demora que a produção desse meio de prova causaria no processo. Assim, ocorreria uma ruptura do cálculo do risco da preclusão, de modo a impedir o seu afastamento. Se, de outro giro, o juiz constatar que a diligência atende à exigência de melhor acerto fático e demanda um tempo que não implica

prejuízo ao processo (por exemplo, a *produção* do meio de prova poderia ser feita em um mês e, do oferecimento da acusação até aquele momento, se passou um ano), o juiz poderá afastar a incidência da preclusão e acolher o pedido, pois isso não geraria ruptura no cálculo do risco da preclusão naquele momento processual.

*vi) juntada de documentos em alegações finais:* apesar de já se ter discorrido sobre essa hipótese no item 3.3 *supra*, é importante recapitular o raciocínio. Aqui, deve se levar em consideração que a juntada de documentos representa, na maior parte das vezes, dois momentos da atividade probatória: o de propositura e o de produção. Por isso, na análise do risco da preclusão, o juiz pode entender que o seu afastamento, por um lado, não afeta sobremaneira a exigência de duração razoável do processo, pois o único tempo a ser demandado será a abertura de vistas à acusação para, em contraditório, se manifestar sobre os documentos; e, de outro lado, que atende à exigência de melhor reconstrução dos fatos. Assim, nessa situação, deve afastar a incidência da preclusão para esse ato probatório da defesa.

*vii) juntada de documentos em segunda instância:* também aqui se faz remissão aos argumentos já declinados sobre essa hipótese no item 3.3 *supra*. Importa ressaltar que, em comparação com o exemplo anterior, aqui o fator *tempo* assume medida diferente, pois se estará em grau mais avançado do processo. Assim, o decurso de tempo até aquele momento processual terá um peso maior na análise de risco a ser feita pelo magistrado. De todo modo, ainda que o decurso de tempo da persecução seja maior aqui (do que o da hipótese anterior), o tempo que a propositura/produção que esse meio de prova demanda é baixo, pois se resume à abertura de vistas ao Ministério Público para manifestação (em contraditório). Com isso, no cálculo do *risco* da preclusão, a exigência de melhor acerto fático será atendida, ao passo que a exigência de duração razoável não será afetada, pois o tempo consumido com esse ato processual não implicará prejuízo ao processo.

*viii) propositura de meio de prova pericial em segunda instância:* tal como ocorre no exemplo anterior, nessa hipótese o magistrado deverá levar em consideração não só o tempo transcorrido no processo até aquele momento, mas também o tempo que a produção desse meio de prova demandaria. Também deverá levar em consideração o grau de impacto na exigência de melhor reconstrução dos fatos. Assim, mesmo que o processo já

perdure por alguns anos e que o exame pericial demande alguns meses, caso ele se mostre de grande pertinência ou relevância (por exemplo, um exame de DNA, nunca realizado, que poderia indicar se o sêmen encontrado em uma vítima de estupro é ou não do réu), o Desembargador deverá afastar a incidência da preclusão, por entender que não significaria uma ruptura no cálculo do risco da preclusão<sup>668</sup>.

Frise-se que esses exemplos absolutamente não esgotam as hipóteses em que o magistrado (em primeiro ou segundo grau de jurisdição) poderia analisar o eventual afastamento da preclusão na atividade probatória da defesa. Ademais, essa análise sempre dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, especificamente do momento processual em que praticado o ato precluso.

Em resumo, a incidência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) em um ato processual precluso da defesa, relacionado ao exercício do direito à prova, garante o exame judicial sobre a possibilidade do afastamento da preclusão, sob o critério de *cálculo do risco* da preclusão. Assim, a incidência desse princípio constitucional não acarreta o afastamento da preclusão, mas sim a análise judicial sobre a possibilidade de afastamento. E isso somente pode ocorrer para a atividade probatória da *defesa*, pois a acusação não é amparada por um princípio constitucional equivalente ao da ampla defesa<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> Outro argumento para reforçar a possibilidade de afastamento da preclusão nesse exemplo reside na previsão legal de revisão criminal. Ora, se, após o trânsito em julgado, o imputado pode ajuizar a revisão com base nessa prova pericial (art. 621, III, do CPP), seria ilógico impedir que esse mesmo meio de prova fosse produzido durante a persecução penal.

<sup>669</sup> Por isso, não se concorda com a posição de PACELLI, para quem “*é verdade que o processo penal não pode jamais se tornar refém das formas – ritos –, e exatamente por isso qualquer prova nova que puder demonstrar a inocência do acusado poderá ingressar nos autos a qualquer momento*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal...* cit., p. 401). A atividade probatória da defesa submete-se à incidência da preclusão, de modo que a *propositura* e a *produção* de meios de prova não pode ser feita “a qualquer momento”; no mínimo, submete-se à incidência da preclusão temporal por fase (entre outras modalidades).

### 4.3. Incidência da preclusão para o juiz na atividade probatória

Tal como se fez com a análise em relação às partes, para melhor didática é necessário analisar quais os momentos da atividade probatória em que o juiz<sup>670</sup> atua e, então, verificar a incidência da preclusão em cada uma delas.

Antes de se prosseguir, é necessário um esclarecimento terminológico: como apontado acima (item 2.1.2.5), a preclusão que incide sobre o poder-dever do juiz<sup>671</sup> será referida como *preclusão judicial*. Assim, não se utilizará, para tanto, a expressão *preclusão pro iudicato*, pois ela abrange uma hipótese específica, que ocorre somente no processo civil<sup>672</sup>.

#### 4.3.1. Momentos da atividade probatória em que o juiz atua

No que diz respeito à atividade probatória, a atuação do juiz pode ocorrer de duas formas: por provocação das partes ou *ex officio*. Assim, o juiz pode atuar nos momentos da atividade probatória em razão de um ato processual realizado pelas partes – como, por exemplo, ao *admitir* (ato realizado pelo juiz) um meio de prova *proposto* por uma das partes; ou participar da *produção* de um meio de prova testemunhal requerido por uma das partes (fazendo perguntas ao final do depoimento, nos termos do art. 212, parágrafo único, do CPP). Da mesma maneira, também pode atuar em razão de sua própria iniciativa instrutória – por exemplo, ao participar da *produção* de uma prova por ele mesmo *proposta* e *admitida* (v.g., a oitiva de uma testemunha por ele determinada com base no art. 209, *caput* e § 1º, do CPP).

Como se vê, a diferença entre uma e outra hipótese reside na iniciativa, ou seja, na *propositura*. Nos momentos subsequentes, a atuação do juiz será a mesma, tanto na participação sobre a atividade probatória promovida pelas partes, como em sua própria iniciativa instrutória.

---

<sup>670</sup> Considerando-se, aqui, que a referência a “juiz” aplica-se tanto aos magistrados de primeira instância, quanto aos dos Tribunais (na atuação em ações penais de competência originária).

<sup>671</sup> Tal como exposto no item 2.4.2.2 *supra*.

<sup>672</sup> Para maiores considerações sobre a concepção da expressão *preclusão pro iudicato* por REDENTI e as críticas ao alargamento de sua utilização, ver, respectivamente, os itens 2.1.1.3 e 2.1.2.5 *supra*.

Posto isso, em relação ao primeiro momento da atividade probatória<sup>673</sup> não há que se cogitar da atuação do *juiz*: além da *investigação* estar fora do recorte da presente pesquisa (centrada no *processo penal condenatório*), pelas premissas fixadas nos itens 1.6.1 e 1.6.3 *supra* constata-se que a iniciativa instrutória do juiz não alcança a busca por fontes de prova. Assim, nem mesmo na iniciativa instrutória se pode falar em *investigação* realizada pelo juiz, de modo que esse momento da atividade probatória está fora de sua alçada.

A *propositura* de um meio de prova, como visto, pode ser realizada pelo juiz em sua iniciativa instrutória: nessa hipótese, é ele (e não a parte) quem *propõe* a produção de um determinado meio de prova.

Por sua vez, a *admissão* da prova é realizada apenas pelo juiz, pois se trata da decisão sobre a produção de um determinado meio de prova, à luz dos critérios de pertinência e relevância.

Já a *produção* de um meio de prova pode contar com a participação do juiz, como se vê, por exemplo, com o depoimento de uma testemunha, em que o magistrado pode participar da *produção* desse meio de prova ao final, formulando perguntas sobre pontos não esclarecidos. Ao contrário do que ocorre com as partes, a produção de um meio de prova nunca poderá ser feita pelo próprio juiz: ele apenas *participa* da produção, pois, do contrário, ele se sobreporia ao papel das partes na atividade probatória. Assim, por exemplo, o juiz não pode produzir um laudo pericial, tampouco documentos para serem juntados no processo – pois isso claramente representaria uma quebra de seu papel como terceiro imparcial.

Por fim, a *valoração* da prova também é ato exclusivo do juiz, e somente por ele pode ser praticado.

Portanto, chega-se às seguintes constatações sobre a atuação do juiz nos momentos da atividade probatória: ele pode realizar a *propositura* de uma prova, no exercício de sua iniciativa instrutória; *somente* ele analisa a *admissão* da prova; ele pode *participar* da

---

<sup>673</sup> Conforme a classificação exposta no item 1.4 *supra*.

*produção* de um meio de prova (mas não *produzir*, por si só, a prova); *somente* ele realiza a *valoração* da prova. Assim, na iniciativa instrutória do juiz, são quatro os momentos de sua atuação: *propositura*, *admissão*, *produção*, *valoração*; e, na atividade probatória empreendida pelas partes, são três os momentos: *admissão*, *produção*, *valoração*.

Tendo em vista que a iniciativa instrutória do juiz é subsidiária à atividade probatória das partes, bem como que representa uma confusão entre os momentos de *propositura* e *admissão* (pois é natural imaginar que o juiz só propõe a si mesmo um meio de prova que irá admitir), melhor que se inicie a análise pelos três momentos em que o juiz atua na atividade probatória de iniciativa das partes, para, somente depois disso, se passar à análise de sua iniciativa instrutória.

#### **4.3.2. Preclusão na atuação do juiz na atividade probatória de iniciativa das partes**

Como visto acima, são três os momentos em que o juiz atua na atividade probatória de iniciativa das partes: *admissão*, *produção* e *valoração*.

##### **4.3.2.1. Admissão**

O juízo sobre a admissibilidade de uma prova sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*: afinal, se é na fase instrutória que as provas devem ser *propostas* e *produzidas*, é somente nela que deverão ser *admitidas*. Analisando a questão sob a perspectiva da iniciativa das partes, se, como visto acima, o ato processual de *propositura* de provas pelas partes sofre a incidência de preclusão temporal (por fase e por prazo), conseqüentemente a *admissão* das provas (que, na ordem da atividade probatória, é subsequente ao momento de *propositura*) também sofrerá a incidência de preclusão temporal.

Nesse ponto, é importante um esclarecimento: tendo em vista que os prazos fixados para os despachos e decisões do juiz (art. 800 do CPP) são impróprios, na medida em que o

seu descumprimento não gera nenhuma consequência processual<sup>674</sup>, a preclusão temporal *por prazo* não é cabível para o juiz. Assim, o seu poder-dever de decidir sobre a admissibilidade da prova sofre a incidência apenas da *preclusão temporal por fase*, de modo que, finda a fase instrutória, não poderá mais o juiz decidir sobre a admissibilidade de uma prova.

A preclusão *consumativa*, por sua vez, incide sobre o juízo de admissibilidade em apenas uma hipótese: reconhecimento da ilicitude de uma prova (art. 157 do CPP). Assim, caso o juiz *inadmita* uma prova por considerá-la ilícita, essa decisão será atingida pela preclusão judicial (na modalidade de *preclusão consumativa*), como prevê o § 3º do art. 157 do CPP, de modo ser vedado ao juiz reconsiderar essa decisão posteriormente (para admitir a prova). Ora, tendo em vista que a ilicitude da prova representa um limite *extraprocessual* do direito à prova (item 1.3.3 *supra*), que leva em consideração a proteção de valores caros ao ordenamento jurídico, justifica-se a escolha do legislador pela *preclusão* (art. 157, § 3º, do CPP) da decisão de inadmissibilidade de prova ilícita. Nessa hipótese, faz-se necessário garantir a segurança e a estabilidade jurídicas (afetadas pela produção da prova ilícita) por meio da impossibilidade de reconsideração dessa decisão – o que se faz por meio da incidência da preclusão judicial. O ordenamento jurídico, já abalado pela ilicitude probatória, impede que se retroceda nesse ponto, para que o processo siga o seu desenvolvimento sem as provas consideradas ilícitas<sup>675</sup>.

Nas demais hipóteses (isto é, à exceção daquela referente à prova ilícita), as preclusões *consumativa* e *lógica* não atingem o juízo de admissibilidade, ambas pelo mesmo motivo: a natureza *dinâmica* da instrução. Um meio de prova proposto que, em um primeiro momento, foi considerado pelo juiz impertinente ou irrelevante pode, depois, com o desenrolar da instrução e a vinda de outros elementos de prova ao processo, mostrar-se

---

<sup>674</sup> Não há consequência no processo, mas há consequência *funcional*, isto é, na esfera administrativa da atuação funcional do magistrado, pois, de acordo com o art. 801 do CPP, o descumprimento dos prazos implicará perda de tantos dias de vencimento quantos forem os excedidos, além da perda do dobro dos dias excedidos na contagem de tempo de serviço, para fins de promoção e aposentadoria.

<sup>675</sup> A posição aqui sustentada difere do entendimento de GOMES FILHO, que afirma ser “*mais razoável entender que a aludida preclusão da decisão sobre a inadmissibilidade da prova só ocorre com o trânsito em julgado da sentença final, condenatória ou absolutória. Vale aqui o que nos ensinou DENTI: os atos de aquisição probatória não produzem efeitos imediatos, mas têm a sua eficácia diferida para o momento da sentença, em que existe um vínculo do juiz à exclusiva valoração das provas admissíveis e regularmente adquiridas*” (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. 271).

pertinente e relevante. E o contrário também é possível: um meio de prova inicialmente admitido pelo juiz pode, posteriormente, diante de outros elementos de prova coletados ao longo da instrução, mostrar-se impertinente ou irrelevante. O juiz, assim, pode mudar seu entendimento quanto à admissibilidade de um determinado meio de prova, pois a natureza dinâmica da instrução permite que o seu convencimento sobre a pertinência e relevância de uma prova seja alterado ao longo da fase instrutória.

Não obstante o argumento esteja relacionado aos poderes instrutórios do juiz, SICA parece concordar com esse entendimento, ao afirmar que:

[...] o juiz que tenha indeferido produção de determinada prova pode, *a posteriori*, reconsiderar sua decisão, ou mesmo o inverso (muito embora, quanto a esse segundo aspecto, a doutrina prevalente seja contrária). Atende-se, assim, à natureza dinâmica que a fase instrutória – diferentemente das demais fases do processo – ostenta<sup>676</sup>.

Assim, discorda-se da parcela da doutrina que entende que o juízo de admissibilidade não preclui apenas para a hipótese do juiz reconsiderar a decisão para admitir uma prova que, inicialmente, havia sido inadmitida – justificando essa possibilidade pelos “poderes instrutórios do juiz”<sup>677</sup>. Observe-se que o argumento aqui sustentado não está relacionado aos poderes instrutórios do juiz, mas sim à natureza dinâmica da instrução. O juízo de admissibilidade pode ser revisto para o meio de prova proposto seja pelas partes, seja pelo próprio juiz (por sua iniciativa instrutória); o que importa, para esse momento de admissão, não é de quem partiu a iniciativa para a propositura da prova, mas sim o próprio juízo de admissibilidade, isoladamente considerado. Disso decorre que a natureza dinâmica da instrução permite que o juiz reconsidere a sua decisão de admissibilidade em um sentido ou em outro. A dinâmica da instrução pode assumir vários sentidos, o que torna impossível limitar a preclusão ao juízo positivo de admissibilidade de uma prova. A vinda de outros elementos de prova ao processo não caminha em apenas um sentido; aliás, é impossível prever, tanto em abstrato como em concreto, em que sentido a instrução caminhará. Consequentemente, também o juízo sobre a admissão de uma prova pode mudar, em um ou em outro sentido. Não é

---

<sup>676</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...* cit., p. 242.

<sup>677</sup> Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 92; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, pp. 267-270. As críticas aqui feitas aos posicionamentos desses autores constam, respectivamente, nos itens 2.1.2.4 e 2.1.2.5 *supra*.

possível definir de antemão em que sentido isso pode ocorrer (e tampouco estabelecer preclusões para um ou outro sentido).

Outrossim, utilizar a iniciativa instrutória do juiz como argumento para justificar a reconsideração da decisão de admissibilidade significa, em última hipótese, admitir que o juiz possa assumir a atividade probatória da parte – o que se choca frontalmente com o caráter complementar da iniciativa instrutória do juiz. Para admitir a produção de um meio de prova anteriormente inadmitido, o juiz não pode se sobrepor à atividade da parte para, em seu lugar, tomar a iniciativa daquela prova: isso significaria uma clara mistura de papéis no processo, em ofensa ao modelo acusatório constitucionalmente estabelecido.

De mais a mais, há um interesse público subjacente ao momento de admissão da prova, na medida em que a aplicação da vontade concreta da lei será tão mais justa quanto melhor for a reconstrução dos fatos. A natureza publicística do processo, enquanto instrumento voltado para se alcançar a sentença mais justa possível, demanda que se alcance a melhor reconstrução possível dos fatos, justamente para que a aplicação do direito material seja a mais justa possível. Assim, o que importa não é quantidade (para se impedir a inadmissibilidade de uma prova inicialmente admitida), mas sim a qualidade, a fim de se atingir o melhor acerto fático possível (e, conseqüentemente, a decisão mais justa possível).

Nesse contexto, em razão da natureza dinâmica da instrução, a realização do ato processual de admissão de prova pelo juiz não impede que, depois, ele o realize novamente (impossibilidade de preclusão consumativa); tampouco impede que, em um segundo juízo de admissibilidade, o juiz reconsidere a decisão anterior, seja para admitir, seja para inadmitir a produção de um determinado meio de prova (inexistência de preclusão lógica).

O único limite que se vislumbra aqui é a da impossibilidade de reconsiderar a admissão de um meio de prova que já tenha sido produzido, pois isso levaria ao seu desentranhamento dos autos, o que, por sua vez, somente é permitido na hipótese de prova ilícita (art. 157 do CPP). Outrossim, a inadmissão de um meio de prova já produzido causaria tumulto no processo e, principalmente, insegurança jurídica. Assim, a produção de um meio de prova faz incidir a preclusão judicial sobre o juízo de sua admissão, pela modalidade *lógica*: o ato processual de *produção* de um meio de prova se mostra

logicamente incompatível com a posterior realização de um ato processual de *inadmissão* de um meio de prova – ou, em outro sentido, a decisão de inadmitir um meio de prova já produzida é logicamente incompatível com o anterior ato processual de produção. Essa é a única exceção que se pode vislumbrar para a incidência de preclusão judicial (pela modalidade lógica) sobre o ato processual de admissão de prova.

Portanto, resumindo-se as ideias expostas nesse tópico, tem-se que o juízo de admissibilidade de prova:

i) sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*, de modo que haverá preclusão judicial após a fase instrutória;

ii) sofre a incidência da preclusão *consumativa apenas na hipótese de inadmissibilidade de prova ilícita*, como prevê o art. 157, *caput* e § 3º, do CPP;

iii) nas demais hipóteses, *não é atingido* pela preclusão nem *consumativa* nem *lógica*, de modo que o juiz pode reconsiderar a decisão que tenha admitido ou inadmitido a produção de um determinado meio de prova (tendo como único limite a impossibilidade de *inadmissão* de um meio de prova *que já tenha sido produzido*).

#### 4.3.2.2. *Produção*

Para o juiz, o ato processual de *produção* de um meio de prova sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*: finda a fase instrutória, preclui o poder-dever do juiz acompanhar a produção de um determinado meio de prova. Tal como ocorre com a admissão, também aqui a preclusão temporal possível é apenas a por fase: não há como se cogitar de preclusão temporal por prazo, uma vez que os prazos estabelecidos em lei para os atos processuais do juiz são impróprios e, assim, não geram qualquer consequência processual.

Por sua vez, a preclusão *consumativa* também incide nessa hipótese, por reflexo da preclusão que atinge as partes: se a acusação e a defesa não podem *reproduzir* um determinado meio de prova, tampouco o juiz, que acompanha subsidiariamente a sua produção, poderá fazê-lo. Em outras palavras, tendo em vista que, na produção de um meio de prova, o juiz atua em complementaridade à atuação das partes (a exemplo do que ocorre com o depoimento de uma testemunha, nos termos do art. 212, parágrafo único, do CPP), a

preclusão *consumativa* que incide para as partes (que, a princípio, teriam interesse na *reprodução* do meio de prova) também deve atingir o poder-dever do juiz. Assim, não pode o juiz, por sua própria iniciativa, *reproduzir* um determinado meio de prova<sup>678</sup>.

Por fim, tal como exposto em relação às partes, não há como se cogitar de preclusão *lógica* na produção de um meio de prova, na medida em que não é possível imaginar uma situação que a produção de um meio de prova seja logicamente incompatível com um ato processual anterior.

Em suma, tem-se que, na *produção* de um meio de prova, a atividade do juiz:

*i)* submete-se à preclusão *temporal por fase*, de modo que haverá preclusão judicial após a fase instrutória;

*ii)* submete-se à preclusão *consumativa*, não podendo *reproduzir* um meio de prova já produzido anteriormente;

*iii)* não se submete à preclusão *lógica*, por não ser possível vislumbrar uma hipótese em que a produção de um meio de prova seja logicamente incompatível com um ato processual anterior.

#### 4.3.2.3. Valoração

A *valoração* da prova, por representar o ápice do poder jurisdicional, não está submetida a qualquer tipo de preclusão. Por certo, a valoração sujeita-se aos efeitos decorrentes do fim do exercício da jurisdição do magistrado de primeiro grau, mas isso absolutamente não significa incidência da preclusão.

---

<sup>678</sup> Isso não se confunde com a possibilidade do juiz, por sua própria iniciativa, determinar a produção de um meio de prova. Todavia, em razão dos limites impostos à iniciativa instrutória do juiz (que deve ser complementar à atividade probatória das partes), não pode ele determinar a *reprodução* de um meio de prova que já tenha sido produzido por pedido de alguma das partes. A atividade complementar do juiz deve se voltar à determinação de meios de prova também complementares, isto é, que não tenham sido produzidos no processo (por iniciativa das partes). Essa vedação não decorre da incidência da preclusão, mas sim dos limites da iniciativa instrutória do juiz. Alias, essa hipótese sequer comportaria a incidência da preclusão, pois esse instituto (sobretudo nas modalidades *lógica* e *consumativa*) tem como referência um ato processual anterior praticado pelo próprio sujeito processual (e não por um terceiro). Assim, seria equivocado dizer que incidiria preclusão *consumativa* para o juiz em razão de uma das partes já ter praticado esse ato anteriormente.

Não há que se falar em preclusão *temporal*, pois o juiz pode valorar um determinado elemento de prova ao longo de todo o processo. Assim, por exemplo, pode fazê-lo no meio da instrução, ao analisar um pedido de produção de meio de prova com base nesse elemento (v.g., um pedido de produção de prova pericial com base nos elementos fornecidos por uma testemunha, em seu depoimento) ou ao analisar um pedido de medida cautelar pessoal com base em algum elemento de prova coligido durante a ação penal (v.g., o depoimento de uma testemunha que relata ser ameaçada pelo réu); e deve fazê-lo ao final, na sentença.

Tampouco se pode falar em preclusão temporal por fase, pelo decurso da fase de primeiro grau, pois se deve analisar a jurisdição como una: a valoração feita em primeira instância, na sentença, pode ser realizada em segunda instância, em eventual julgamento de apelação. Assim, após a sentença, o juiz de primeiro grau não poderá valorar um elemento de prova em razão do fim do exercício de sua jurisdição, e não em razão da incidência de preclusão – pois, em caso de apelação, o tribunal poderá valorar novamente aqueles elementos de prova analisados na sentença.

Nesse contexto, a valoração não sofre a incidência de preclusão consumativa ou lógica, pois o juiz pode valorar um elemento de prova quantas vezes for necessário durante o processo e, inclusive, pode mudar o seu entendimento sobre essa valoração (por exemplo, um elemento de prova que foi utilizado para decretar a prisão preventiva do réu pode, posteriormente, ser reanalisado pelo juiz para embasar a revogação dessa medida cautelar).

Portanto, a *valoração* da prova pelo juiz *não* se submete a qualquer modalidade de preclusão; sujeita-se aos efeitos decorrentes do fim do exercício da jurisdição, o que não se confunde com a incidência da preclusão.

#### **4.3.3. Preclusão na iniciativa instrutória do juiz**

À luz dos momentos da atividade probatória, a iniciativa instrutória do juiz inicia-se com a *propositura* de um meio de prova pelo próprio magistrado, *ex officio*. Na verdade, a *propositura* confunde-se com a própria *admissão* do meio de prova: afinal, o juiz só irá

*propor* um meio de prova que ele mesmo considere que atenda aos critérios de admissibilidade. Assim, quando se diz que o juiz *determinou uma prova de ofício*, subentende-se que ele mesmo “se propôs” e admitiu a produção de um determinado meio de prova<sup>679</sup>. Por isso, na iniciativa instrutória, os momentos de *propositura* e *admissão* podem ser analisados conjuntamente.

Depois disso, como visto acima (item 4.3.1 *supra*), os momentos subsequentes (*produção* e *valoração*) não ostentam nenhuma diferença em relação ao que foi exposto sobre a atuação do juiz na atividade probatória de iniciativa das partes. Desse modo, no presente item, a análise da iniciativa instrutória do juiz deve se centrar apenas nos momentos de *propositura* e *admissão*, que acabam se fundindo em um só.

Posto isso, vê-se que a iniciativa instrutória submete-se à incidência da *preclusão temporal por fase*. Em razão do caráter complementar à atividade probatória das partes<sup>680</sup>, a iniciativa instrutória deve ocorrer na fase instrutória e, especificamente, adotando-se a ideia de ZANOIDE DE MORAES<sup>681</sup>, apenas no momento do art. 402 do CPP, após eventual requerimento de diligências pelas partes. Ora, se a iniciativa instrutória do juiz não pode se sobrepor à atividade probatória das partes (sob risco de se ferir a repartição de funções do modelo acusatório estabelecido pela Constituição Federal), ela somente poderá ocorrer ao fim da instrução, após o exercício da atividade probatória pelas partes.

De fato, tomando-se a iniciativa instrutória como *liberdade relativizada do julgador*, a fixação de um momento processual específico para tanto é imprescindível para o controle do “*poder-dever*” de *acertamento* pelo juiz<sup>682</sup>. Daí que, com a delimitação

---

<sup>679</sup> Como visto acima (itens 1.6.1 e 1.6.3 *supra*), um dos limites colocados à iniciativa instrutória do juiz é a impossibilidade de determinar a produção de *meios de obtenção de prova*.

<sup>680</sup> Como explanado no item 1.6.3 *supra*.

<sup>681</sup> Como explicado nas aulas de graduação e de pós-graduação por ele ministradas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>682</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, pp. 118-121. Para o autor, “o que alimenta a iniciativa instrutória do julgador é um ‘poder’ de índole discricionária” (*ibidem*, p. 118), que consubstancia “uma liberdade relativizada e circunscrita a regras que, longe de engessarem o poder de acertamento fático, estabelecem um certo campo, dentro do qual serão vislumbradas possibilidades e alternativas para a atuação do julgador tendentes à ‘correta’ aplicação do direito penal material” (*ibidem*, pp. 118-119). Nesse quadro de ideias, a liberdade da iniciativa instrutória “não se refere à exegese do ordenamento jurídico-penal, tampouco na opção (que entendemos inexistente) entre determinar, ou não, a realização de uma dada prova. Na verdade, é na fixação do momento processual, bem como na modalidade da prova, que será constatada uma liberdade, ainda que relativizada, do julgador” (*ibidem*, p. 120, nota de rodapé nº 60).

temporal ao momento do art. 402 do CPP, após eventuais requerimentos feitos pelas partes, consegue-se atender ao caráter complementar da iniciativa instrutória oficial.

Assim, não há como se falar em incidência de preclusão nem consumativa nem lógica para a iniciativa instrutória do juiz: como ela só pode ser exercida em um momento processual específico (no momento do art. 402 do CPP), não há um ato anterior de iniciativa instrutória com o qual pudesse se traçar uma relação de *consumação* ou de *incompatibilidade lógica*.

Em resumo, a iniciativa instrutória do juiz submete-se apenas à preclusão *temporal por fase*, especificamente no momento do art. 402 do CPP. Passada essa fase, será preclusa qualquer iniciativa instrutória *ex officio*<sup>683</sup>.

Colocadas essas ideias, há que interpretar com cautela algumas disposições do Código de Processo Penal.

Assim, no art. 156, II, do CPP, a expressão “*no curso da instrução, ou antes de proferir sentença*” deve ser interpretada como sendo *apenas* o momento processual do art. 402 do CPP (que se situa no curso da instrução e, obviamente, antes de se proferir a sentença).

Da mesma maneira, a leitura do art. 616 do CPP deve ser no sentido de que as diligências ali previstas podem ser realizadas apenas a pedido da defesa, com o afastamento da preclusão – à exceção do interrogatório, que, como visto, por sua natureza jurídica de meio de defesa, pode ser requerido a qualquer tempo pela defesa, *ex vi* art. 196 do CPP. Ao tribunal é vedado determinar qualquer dessas diligências de ofício, em razão da incidência da preclusão *temporal*: superado o momento do art. 402 do CPP, o magistrado não poderá exercer a sua iniciativa instrutória. Assim, tais diligências somente poderão ser determinadas se a defesa formular um pedido de produção de meio de prova

---

<sup>683</sup> Por isso, não se concorda com os entendimentos de GRINOVER e de BEDAQUE, para os quais a preclusão não incide sobre a iniciativa probatória do juiz (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 1999, p. 74; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 21-25). A preclusão (temporal, por fase) incidente sobre esse poder-dever do magistrado deve ser compreendida como um dos *limites* à sua iniciativa instrutória, tendo em vista o seu caráter *complementar* à atuação probatória das partes.

(*propositura*) e se o magistrado entender ser possível o afastamento da preclusão para aquele ato específico, à luz do critério do *cálculo do risco* da preclusão (item 4.2.3.3 *supra*).

Maior cautela deverá haver para a interpretação do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal<sup>684</sup>. Considerando a essência autoritária do Código, que via na figura do juiz o representante máximo do Estado no âmbito do Judiciário, que deveria aplicar o seu poder para assegurar a ordem social das massas<sup>685</sup>, a atividade do juiz no “*esclarecimento da verdade*” deve ser visto com muitas ressalvas, sobretudo à luz do modelo acusatório estabelecido pela Constituição Federal. Isso porque a ideia *autoritária* original do Código não se amolda aos valores políticos (e ao modelo processual penal) positivados na Constituição Federal. Para que não haja sobreposição de papéis no processo penal, o juiz deve ter limites em sua iniciativa instrutória (a fim de que não assuma a função de uma ou de outra parte); e um desses limites é justamente a preclusão, que, ao contrário do que consignou *Francisco Campos*, está sujeito, sim, à preclusão *temporal por fase*.

---

<sup>684</sup> “*Por outro lado, 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 a 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 liquef?*”.

<sup>685</sup> Para maiores considerações sobre a essência autoritária do Código de Processo Penal, v. item 4.1.3 *supra*.



## CONCLUSÃO

### (1)

Compreendido o processo penal como uma garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal, o direito à prova mostra-se de fundamental importância para o *controle*, a *legitimação* e a *justificação* desse poder. Tendo em vista que o poder de punir está condicionado ao reconhecimento judicial de um fato considerado criminoso, é a *reconstrução dos fatos* operada no processo (por meio do *exercício do direito à prova*) que permitirá controlar esse poder de punir. Há, assim, uma *íntima relação* entre o direito à prova, a reconstrução dos fatos operada no processo e, principalmente, a legitimação e a justificação do poder de punir do Estado.

A atividade probatória pode ser dividida em cinco momentos: investigação, propositura, admissão, produção e valoração, sendo que o primeiro deles é extraprocessual.

Na atividade probatória, as partes são direcionadas pela ideia de *ônus*, cujo adimplemento ou inadimplemento gera vantagens ou desvantagens para as partes no processo. O ônus de provar os fatos que constituem a pretensão acusatória cabe exclusivamente ao acusador, que, se não superar o *standard probatório de prova além da dúvida razoável* (como *norma de juízo* decorrente do princípio constitucional da *presunção de inocência*), não alcançará uma sentença condenatória. Ainda assim, o imputado possui um ônus *imperfeito*, na medida em que, no exercício de sua defesa, em reação à pretensão acusatória, pode ter interesse na produção de elementos de prova a demonstrar a sua tese.

Assume-se, no presente trabalho, posição favorável à iniciativa instrutória, como medida necessária para a melhor tutela dos interesses públicos que se exteriorizam e se concretizam no processo penal. A iniciativa instrutória comporta alguns *limites*, quais sejam: *i*) caráter complementar à atividade probatória das partes; *ii*) vedação ao juiz de buscar fontes de prova (isto é, de determinar *ex officio* a realização de meios de obtenção de prova); *iii*) obediência a princípios e garantias constitucionais processuais; *iv*) delimitação da iniciativa instrutória ao momento do art. 402 do CPP, após eventuais diligências finais requeridas pelas partes; *v*) possibilidade de produção de novas provas pelas partes após a iniciativa oficial, bem como de novo interrogatório.

**(2)**

A preclusão pode ser compreendida como princípio, método, técnica e instituto. Os primeiros estudos sobre ela foram realizados no fim do século XIX por BÜLOW, mas o seu desenvolvimento e a sua sistematização foram feitos por CHIOVENDA, no início do século XX. A ideia de preclusão surgiu na doutrina processual civil (onde foi objeto de vários estudos), sendo posteriormente analisada pela doutrina processual penal.

Com base nos principais estudos processuais, civis e penais, nos cenários italiano e brasileiro, é possível constatar alguns aspectos de consenso sobre o conceito de preclusão: i) adoção das ideias essenciais de CHIOVENDA; ii) finalidade de *desenvolvimento ordenado do processo*; iii) classificação nas modalidades *temporal, lógica e consumativa*; iv) divisão entre a incidência da preclusão *para as partes* (no desempenho de seus *ônus processuais*) e *para o juiz* (no exercício de seu *poder-dever*).

Com isso, é possível chegar a uma proposta de acomodação do conceito de preclusão, como *perda, ou extinção, ou consumação de um ônus processual (para as partes) ou de um poder-dever (para o juiz) que pode ocorrer em razão: a) da prática anterior de um ato logicamente incompatível com aquele que se pretende realizar (preclusão lógica); b) de já ter sido anteriormente praticado o mesmo ato que se pretende realizar (preclusão consumativa); ou c) da não-observância do prazo ou da fase processual previstos em lei para a prática do ato processual (preclusão temporal)*.

**(3)**

É possível vislumbrar um núcleo essencial da preclusão: o *risco* assumido pela ponderação entre os fatores de *reconstrução dos fatos e tempo*.

Várias lições da doutrina processual (civil e penal) apontam uma dicotomia ínsita à preclusão entre “verdade” (ou “justiça” ou “acertamento”) e “rapidez” (ou “segurança” ou “certeza”, compreendidas no sentido de *tempo* para se alcançar a estabilidade jurídica). Na essência dos argumentos, todos partilham de uma mesma noção: há duas *exigências* no processo que são *colidentes* entre si – a saber, o *melhor acertamento fático possível* e a *rapidez processual*.

Nesse contexto, adota-se e desenvolve-se a ideia concebida por DINAMARCO de preclusão como *risco calculado*. Trata-se de um *risco* pois, ao lidar com duas exigências contrastantes (*melhor conhecimento possível* e *celeridade processual*), representa uma probabilidade de insucesso quanto a uma ou outra delas; e é *calculado* pois reflexo da *ponderação* entre tais exigências.

Considerando que a ideia de *risco* está ligada a uma decisão para obtenção de certa vantagem e/ou evitar uma perda (desde que a estimativa do possível grau de perda seja aceitável), percebe-se que *o risco é inerente ao processo* – sendo que a preclusão é um dos tantos riscos do processo.

O *risco* da preclusão é composto por dois *fatores: reconstrução dos fatos e tempo*. Desses fatores, decorrem, respectivamente, as *exigências* de *melhor acerto fático possível* e de *celeridade processual* (que, no processo penal, deve ser analisada sob o prisma de *duração razoável do processo*). Essas exigências são *conflitantes*, pois o incremento de uma necessariamente acarreta a diminuição da outra, de modo que não é possível atingir um equilíbrio entre elas, mas sim uma *ponderação* (consistente em um *peso* atribuído a cada uma delas). Daí que o *risco* da preclusão é o mesmo para o processo penal e para o civil; o que variará entre eles será o peso conferido a cada uma dessas exigências em cada campo processual.

Desse núcleo essencial, é possível extrair um critério de análise para o afastamento da preclusão na atividade probatória da defesa no processo penal. A incidência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) nesse campo processual possibilita que a incidência da preclusão seja afastada nos atos processuais de exercício do direito à prova pela defesa. Trata-se de uma ponderação entre os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, de modo que, por um lado, não se elimine a preclusão e, de outro, se atenuar o desequilíbrio de forças entre acusação e defesa. Assim, se a defesa realizar um ato probatório precluso, o juiz deve analisar se é possível o afastamento da preclusão, sob o critério do *cálculo do risco* da preclusão. Nessa análise, o julgador deve avaliar se o afastamento da incidência da preclusão não ultrapassa os limites do *risco* da preclusão naquele momento processual específico – isto é, se não gera uma situação de total ruptura do *cálculo do risco* entre as exigências de *melhor reconstrução possível dos fatos* e *celeridade processual* naquele momento processual específico.

## (4)

Chega-se, então, à análise da incidência da preclusão no processo penal, especificamente na atividade probatória realizada pelas partes, bem como na atuação do juiz sobre a atividade probatória das partes e na própria iniciativa instrutória. Para tanto, deve-se tomar por premissa: *i*) a natureza *dinâmica* da fase de *instrução*; *ii*) o *menor* rigor preclusivo do processo penal (se comparado com o do processo civil); *iii*) a essência *autoritária* do Código de Processo Penal.

Considerando que, na atividade probatória, as partes (acusação e defesa) atuam nos momentos de *propositura* e de *produção* de meios de prova, conclui-se que:

*i*) em relação ao ato processual de *propositura*:

*a*) incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;

*b*) incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a propositura, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);

*c*) incide a preclusão *consumativa* apenas na propositura do rol de testemunhas quando do oferecimento *intempestivo* da denúncia ou da queixa-crime (para a acusação) e da resposta à acusação (para a defesa);

*d*) *não* incide a preclusão *consumativa* na reiteração de pedido de produção de meio de prova, uma vez que, em razão da natureza dinâmica da instrução, o juiz pode admitir uma prova inicialmente inadmitida;

*e*) *não* incide a preclusão *lógica*, pois, ainda que a parte tenha expressamente desistido de (ou renunciado a) um pedido de produção de meio de prova, o desenrolar da instrução pode fazer com que aquela prova (que, a princípio, parecia impertinente ou irrelevante) seja de interesse da parte e, assim, a motive a propor esse meio de prova;

*f*) especificamente sobre o *interrogatório*, partindo da premissa de que ele é um *meio de defesa* (posição assumida nesse trabalho), a interpretação do art. 196 do CPP deve ser no sentido de que somente a defesa poderá propor a realização de novo interrogatório, a qualquer tempo, após o momento processual previsto para o ato.

ii) em relação ao ato processual de *produção*:

- a) incide a preclusão *temporal por fase*, de modo que o ato estará precluso se praticado após a fase instrutória;
- b) incide a preclusão *temporal por prazo*, nas hipóteses em que a lei cominar um prazo específico para a produção, ou em que o juiz fixar um prazo para tanto, ou em que incidir a regra geral de prazo do art. 218, § 3º, do CPC (c.c. art. 3º do CPP);
- c) incide a preclusão *consumativa*, não sendo possível *reproduzir* o meio de prova;
- d) *não* incide a preclusão *lógica*, pois não há como se imaginar em incompatibilidade lógica entre dois atos de *produção* de meio de prova;
- e) a propositura e a produção (que, muitas vezes, confundem-se em um mesmo ato) de prova documental *sofre a incidência da preclusão temporal por fase, sendo vedada a realização desse ato processual depois de encerrada a fase de instrução*. Daí que, à luz do modelo acusatório adotado pela Constituição e em observância à paridade de armas entre as partes, defende-se que a interpretação mais adequada do art. 231 do CPP seja no sentido de *que a apresentação de documentos pelas partes é permitida em qualquer momento da fase instrutória*, sendo precluso o ato processual realizado após essa fase.

A preclusão incide da mesma maneira para a acusação e para a defesa. Contudo, para a defesa, a incidência do princípio constitucional da *ampla defesa* acarreta o *exame judicial sobre a possibilidade do afastamento da preclusão*, sob o critério de *cálculo do risco* da preclusão.

Por sua vez, considerando que, na atividade probatória de iniciativa das partes, o juiz atua nos momentos de *admissão, produção e valoração*, conclui-se que:

i) o juízo de *admissibilidade* de prova:

- a) sofre a incidência da preclusão *temporal por fase*, de modo que haverá preclusão judicial após a fase instrutória;

b) sofre a incidência da preclusão *consumativa apenas na hipótese de inadmissibilidade de prova ilícita*, como prevê o art. 157, *caput* e § 3º, do CPP;

c) nas demais hipóteses, *não é atingido pela preclusão nem consumativa nem lógica*, de modo que o juiz pode reconsiderar a decisão que tenha admitido ou inadmitido a produção de um determinado meio de prova (tendo como único limite a impossibilidade de *inadmissão* de um meio de prova *que já tenha sido produzido*).

ii) a *produção* de um meio de prova acompanhada pelo juiz:

a) submete-se à preclusão *temporal por fase*, de modo que haverá preclusão judicial após a fase instrutória;

b) submete-se à preclusão *consumativa*, não podendo *reproduzir* um meio de prova já produzido anteriormente;

c) não se submete à preclusão *lógica*, por não ser possível vislumbrar uma hipótese em que a produção de um meio de prova seja logicamente incompatível com um ato processual anterior.

iii) a *avaliação* da prova pelo juiz *não se submete* a qualquer modalidade de preclusão; sujeita-se aos efeitos decorrentes do fim do exercício da jurisdição, o que não se confunde com a incidência da preclusão.

Por fim, a iniciativa instrutória do juiz submete-se apenas à preclusão *temporal por fase*, especificamente no momento do art. 402 do CPP, de modo que, passada essa fase, será preclusa qualquer iniciativa instrutória *ex officio*. Assim, no art. 156, II, do CPP, a expressão “*no curso da instrução, ou antes de proferir sentença*” deve ser interpretada como sendo *apenas* o momento processual do art. 402 do CPP (que se situa no curso da instrução e, obviamente, antes de se proferir a sentença). Da mesma maneira, a leitura do art. 616 do CPP deve ser no sentido de que as diligências ali previstas podem ser realizadas apenas a pedido da defesa, com o afastamento da preclusão. Assim, ao tribunal é vedado determinar qualquer dessas diligências de ofício, em razão da incidência da preclusão *temporal*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Florêncio. Princípios informativos do Código de Processo Penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XL, vol. XCVI, fascículo 484, pp. 5-11, out., 1943.

AGRÍCOLA BARBI, Celso. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 52, v. 158, pp. 59-66, mar./abr., 1955.

ANDRIOLI, Virgilio. Preclusione. In: D'AMELIO, Mariano (org.). *Nuovo Digesto Italiano*. v. XVII. Torino: UTET, 1939, pp. 130-132.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. Parte prima. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1961.

\_\_\_\_\_. Preclusione (diritto processuale civile). In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, pp. 567-570.

ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita: un estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América: ¿Un camino de ida y vuelta?*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ATTARDI, Aldo. Preclusione (principio di). In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXIV. Milano: Giuffrè, 1985, pp. 893-911.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: KHALED JR., Salah H. (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 289-319.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª rev. e atual. São Paulo: RT, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. Malheiros: 2007.

\_\_\_\_\_. *Os poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BELING, Ernst; AMBOS, Kai; JULIÁN GUERRERO, Óscar. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 99-124.

\_\_\_\_\_. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, v. 933, pp. 131-150, jul., 2013.

\_\_\_\_\_. *Cosa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CARRATA, Antonio. Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile. In: MARAFIOTI, Luca; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 9-34.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e competenza. In: \_\_\_\_\_. *Nuovi saggi di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Cav. N. Jovene e C., 1912, pp. 67-80.

\_\_\_\_\_. *Principi di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Casa Editrice Cav. N. Jovene e C., 1923.

\_\_\_\_\_. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: \_\_\_\_\_. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Società Editrice “Foro Italiano”, 1930, pp. 181-224.

\_\_\_\_\_. La idea romana en el proceso civil moderno. *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 4, 1933, pp. 161-180.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. I. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1945.

\_\_\_\_\_. Cosa giudicata e preclusione. In: \_\_\_\_\_. *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 231-283.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Preclusioni istruttorie e diritto alla prova. *Rivista di diritto processuale*, Bologna, ano LIII, n. 4, pp. 968-995, out./dez. 1998.

CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2013.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, pp. 26-51, 2001.

\_\_\_\_\_. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 11-13, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo (Coord.); MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 253-262.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Com a palavra, as partes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 17-18, jul. 2008.

CUÉLLAR, Jaime Bernardo; LYNETT, Eduardo Montealegre. *El proceso penal*. Tomo II: estructura y garantías procesales. 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

D'ONOFRIO, Paolo. Sul concetto di “preclusione”. In: *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927, pp. 425-437.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 36, pp. 89-105, dez., 2017. Disponível em: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>> (acesso em 09.01.18).

FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. Vol. I: in generale. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 5ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Vol. III. Campinas: Millennium, 2000.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1936.

\_\_\_\_\_. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. Tomo I: problemas fundamentales del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, pp. 458-471, abr., 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 303-318.

\_\_\_\_\_. 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, pp. 246-297.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, pp. 71-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUARNERI, Giuseppe. *Sulla teoria generale del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1939.

\_\_\_\_\_. Preclusione (diritto processuale penale). In: AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (org.). *Novissimo digesto italiano*. v. XIII. Torino: UTET, 1974, pp. 570-576.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno. In: MARAFIOTI, Luca; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 1-7.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 135-160.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

KHALED JUNIOR, Salah H.. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. (Re)descobrimo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 75, p. 101-129, nov./dez. 2008.

\_\_\_\_\_; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 176, pp. 349-373, out./2009.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOZZI, Gilberto. Preclusione – II) Diritto processuale penale. In: *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2007, pp. 1-7.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. Berlin; New York: de Gruyter, 1993.

MALAN, Diogo Rudge. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: \_\_\_\_\_; SULLOCK, Victoria-Amália de; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Autoritarismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 01-85.

MARAFIOTI, Luca. Preclusione: un principio “senza qualità”? In: \_\_\_\_\_; DEL COCO, Rosita (a cura di). *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 171-187.

MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: Cedam, 1996.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, João Martins de. *A preclusão na dinâmica do processo penal*. Dissertação apresentada em concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1955.

ORLANDI, Renzo. Principio di preclusione e processo penale. *Processo penale e giustizia*, Roma, anno I, n° 5, pp. 1-10, 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PANNAIN, Remo. *Le sanzioni degli atti processuali penali: nullità, preclusioni, decadenze, inammissibilità*. Parte I – dottrina. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933.

PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

PESSOA FILHO, Miguel Thomaz. Da preclusão no direito processual penal. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, v. 7, n° 28, pp. 49-66, abr./jun., 1982.

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

\_\_\_\_\_. A prisão preventiva e a preclusão *pro judicato* no processo penal brasileiro. In: PRADO, Geraldo et al. (org.). *Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 285-305.

\_\_\_\_\_. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal: em memória de Aduino Suannes. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 73-90.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.

\_\_\_\_\_. *Diritto processuale civile*. Ristampa della 2ª ed. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1957.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, pp. 75-101, jul./set. 2000.

TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 249-271.

\_\_\_\_\_. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.

\_\_\_\_\_. La verità nel processo. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 243-260.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1995.

\_\_\_\_\_. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 331-340.

\_\_\_\_\_. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015.

VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. *Saint Louis University Law Journal*, vol. 9, 1964-1965, pp. 29-55.

\_\_\_\_\_. Preclusion/res judicata variables: parties. *Iowa Law Review*, vol. 50, 1964-1965, pp. 27-76.

\_\_\_\_\_. Preclusion/res judicata variables: adjudicating bodies. *The Georgetown Law Journal*, vol. 54, 1965-1966, pp. 857-890.

\_\_\_\_\_; COUGHENOUR, John C. Preclusion/res judicata variables: criminal prosecutions. *Vanderbilt Law Review*, vol. 19, 1965-1966, pp. 683-719.

\_\_\_\_\_. Issue preclusion and criminal prosecutions. *Iowa Law Review*, vol. 65, 1979-1980, pp. 281-342.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VILHENA, Leonardo da Silva. *A preclusão para o juiz no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, pp. 2-3, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. *Non ducor duco*. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 211-234.