

Revista Fórum de  
CIÊNCIAS CRIMINAIS

RFCC

**DOCTRINA e JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**

Coordenação  
Marcos Alexandre Coelho Zilli

ano 5 - n. 10 | julho/dezembro - 2018  
Belo Horizonte | p. 1-246 | ISSN 2319-0795  
R. Fórum de Ci. Crim. – RFCC

Revista Fórum de  
CIÊNCIAS CRIMINAIS

RFCC

 **Fórum**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

# Prova cautelar, antecipada e irrepetível e o contraditório na investigação criminal

**Fernando Gardinali Caetano Dias**

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (2008). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM (2010). Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV (2012). Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo – USP (2015-2018).

---

**Resumo:** O objetivo do trabalho é a analisar a incidência do contraditório na produção da prova cautelar, antecipada e irrepetível, principalmente na fase da investigação – na qual, via de regra, não incide o contraditório. Para tanto, serão expostas, inicialmente, a conformação do sistema adversarial de processo e a importância do contraditório na formação da prova. Na sequência, serão analisadas as modalidades de produção de prova previstas no art. 155 do Código de Processo Penal, quais sejam, a prova cautelar, antecipada e irrepetível. Com isso, alcançar-se-á a discussão principal do trabalho: como conciliar a produção da prova cautelar, antecipada e irrepetível durante a investigação, em observância ao contraditório – inclusive com indicação de possíveis soluções *de lege lata* e *de lege ferenda*.

**Palavras-chave:** Processo penal. Investigação criminal. Prova. Contraditório. Prova cautelar, antecipada e irrepetível.

**Sumário:** **1** Considerações iniciais: escopo do trabalho – **2** Premissas – **3** As modalidades de produção de prova previstas no art. 155 do CPP – **4** O problema: produção da prova sem contraditório – **5** Possíveis soluções para a produção da prova antecipada e/ou irrepetível em contraditório durante a fase de investigação – **6** Considerações finais – Referências

---

## 1 Considerações iniciais: escopo do trabalho

Neste artigo, pretende-se fazer uma análise do (aparente) conflito existente entre, de um lado, o *contraditório* e, de outro, a produção da prova *cautelar, antecipada e/ou irrepetível*.

Diz-se *aparente* porque, malgrado o art. 155 do Código de Processo Penal dê margem para se entender que as citadas “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” são produzidas na fase de investigação – e, portanto, fora do contraditório –, busca-se, no presente trabalho, conciliar as duas situações, isto é, a produção da prova *cautelar, antecipada e/ou irrepetível* em *contraditório*.

Guzmán Fluja, em artigo que versa sobre a mesma problemática (ainda que trabalhe com termos distintos dos aqui tratados), muito bem pontua o cerne da questão:

*La cuestión es que, en ocasiones, siendo necesario utilizar determinadas fuentes de prueba resulta que alguna de ellas no está disponible para el momento del juicio oral, pero han quedado registradas fehacientemente en la investigación o están disponibles para un momento muy próximo a dicho juicio oral (más correctamente a sus sesiones). Determinar si estas fuentes de prueba pueden ingresar al juicio oral y si pueden alcanzar auténtico valor de prueba es resolver si es posible utilizar en el proceso penal los mecanismos probatorios de anticipación y preconstitución.<sup>1</sup>*

Ressalte-se, desde já, que não se pretende fazer uma análise exaustiva das hipóteses em que tais tipos de prova poderiam ser produzidos, em contraditório, na fase de investigação (até mesmo porque os limites deste trabalho não o comportariam). O intuito, aqui, é expor o ponto central do problema e, em linhas gerais, apontar quais seriam as suas possíveis soluções.

Assim, iniciar-se-á, no tópico 2, com a fixação de premissas importantes para a construção do raciocínio a fim de situar o problema dentro do modelo adversarial de processo penal e, especificamente, à luz da importância do contraditório na formação da prova. Em seguida, no tópico 3, serão analisadas as modalidades de produção de prova previstas no art. 155 do Código de Processo Penal – quais sejam, a prova cautelar, antecipada e irrepetível –, comparando-as em suas semelhanças e diferenças, a fim de se estabelecer o exato alcance de cada uma delas. Feitas essas considerações, chegar-se-á, no tópico 4, à delimitação do problema: a produção da prova na fase de investigação, na qual, via de regra, não incide o contraditório. Daí que, no tópico 5, serão expostas as possíveis soluções para o problema, tanto *de lege lata* como, em linhas gerais, *de lege ferenda*.

## 2 Premissas

Para a análise que se pretende fazer neste trabalho, é imprescindível fixar, de largada, duas premissas que norteiam a discussão sobre prova e contraditório.

Ao se analisar a produção da prova em contraditório, invariavelmente parte-se da premissa de que o contraditório é um método (dialético) de conhecimento importante para a formação da prova e, assim, para a reconstrução dos fatos.

<sup>1</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C. La anticipación y aseguramiento de la prueba penal. In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.). *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008. p. 191-192.

Por sua vez, a valorização do contraditório como método de conhecimento é uma das características do modelo adversarial, que se pauta justamente na iniciativa das partes para a marcha processual e, especificamente, para a gestão da prova, que é formada em modo dialético.

Por isso, a fim de se situar o ponto de partida do raciocínio que será desenvolvido ao longo do trabalho, é importante traçar algumas breves linhas sobre o *modelo adversarial* de processo penal e, dentro dele, do *contraditório* e da sua importância como método de conhecimento para a formação da prova.

## 2.1 Modelo adversarial

A discussão em torno dos conceitos de modelo *adversarial* (muitas vezes também tomado como *acusatório*) e, em contraposição, de modelo *inquisitivo* é ampla e não cabe ser levada nos limites deste trabalho.

Por isso, em face das críticas existentes sobre essa distinção (principalmente por sua baixa aplicabilidade prática), é importante observar que se trata de uma abstração, uma construção dogmática que não necessariamente reflete um sistema processual concreto. Quer-se dizer, com isso, que tais acepções têm um grande significado histórico e, principalmente, dogmático, mas dificilmente encontram uma justaposição em um sistema processual penal concreto. Como ensina Illuminatti:

*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. La tradicional dicotomía alude, en efecto, a dos modelos hipotéticos, que son el resultado de un proceso de generalización realizado sobre la base de algunos elementos tomados de los ordenamientos jurídicos existentes o de los procesos que pueden ser históricamente reconstruidos. De ello se deduce que no se trata del análisis de un fenómeno normativo, sino más bien la definición de una escala de valores ideológicamente orientada. 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.<sup>2</sup>*

Assim, sem a pretensão de discutir as origens, as características e o desenvolvimento de cada um desses sistemas, o que interessa para o presente trabalho é destacar as características dogmáticas mais importantes da conformação

<sup>2</sup> ILLUMINATTI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 136-137.

adversarial de processo, principalmente no que diz respeito à iniciativa das partes e à formação da prova em seu bojo.

Malgrado seja um conceito amplo, que apresenta variações entre os diversos estudos sobre a matéria, optou-se por trazer à baila as acepções formuladas por dois autores, justamente porque destacam, em suas abordagens, a importância da atividade dialética das partes na formação da prova.

### 2.1.1 A visão de Damaska

Em trabalho voltado à definição de critérios para a conformação das formas de justiça, com ênfase no contexto social-econômico em que se inserem os modelos e, principalmente, no poder do Estado na conformação processual, Damaska, ao comparar o modelo adversarial com o “não adversarial”, aponta uma relevante característica do primeiro: a existência de uma disputa entre as partes, que adquirem roupagem de verdadeiros adversários. *In verbis*:

*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.<sup>3</sup>*

Assim, para o referido autor, o traço distintivo desse modelo é a atividade desenvolvida pelas partes (leiam-se: adversários) na marcha do processo, principalmente pelo aspecto da “contenda ou disputa”, que revela a importância do método dialético na formação da prova pelas partes.

Nesse contexto, o juiz (seja ele togado, seja ele formado por um corpo popular) assume papel passivo, isto é, de espectador da contenda travada entre as partes, tendo como única função a assimilação das provas e dos argumentos trazidos pelos adversários a fim de, ao final, chegar a um veredicto (*i.e.*, a uma decisão).

### 2.1.2 A visão de Armenta Deu

Em estudo voltado à conformação dos sistemas processuais penais, a autora, após analisar os sistemas anglo-saxão e norte-americano, aponta quatro principais características do sistema adversarial. São elas:

<sup>3</sup> DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986. p. 03.

[...] 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, en segundo término, el abandono de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal, es decir, la satisfacción procedente de aceptar como verdad plausible el resultado de la confrontación entre la aportación y práctica de la prueba por las partes, incluyendo los efectos derivados de la 'sportingtheory', y en tercer término, en no utilizar el acusado como objeto de investigación y evitar a toda costa que una persona se vea sometida a una acusación infundada o a la llamada 'pena de banquillo', mediante impedir que la prueba sólo puede practicarse en el proceso y, finalmente, en último lugar, en admitir como pruebas de cargo únicamente aquellas que se producen oralmente y ante el jurado, estando sometidas a examen cruzado y a que se vean rechazadas por su falta de credibilidad o su inconsistencia, característica ésta última que al menos en el plano teórico implica rechazar la admisibilidad de actuaciones efectuadas fuera del juicio.<sup>4</sup>

Como se pode ver, a concepção de modelo adversarial traçada por essa autora está, também, fortemente centrada na *iniciativa das partes*, que se mostra fundamental tanto para o início e o desenvolvimento da atividade processual como para a atividade probatória.

Dentro da conformação trazida pela autora, esse último aspecto é de grande relevância, pois, sendo a prova produzida unicamente pelas partes, deve ela ser submetida ao exame cruzado (*cross-examination*) e levada ao conhecimento do juiz (especificamente, dos jurados), que, por sua vez, assume posição absolutamente neutra e passiva, estando equidistante das partes, em posição de *espectador* da contenda entre elas travada.

Relacionado a esse aspecto, é importante, ainda, destacar a diferenciação que a autora faz em seu estudo entre o sistema acusatório e o adversarial, que, segundo ela, muitas vezes são confundidos entre si. O principal ponto, de acordo com Armenta Deu, é distinguir a necessidade de haver uma acusação (no modelo acusatório) com a iniciativa das partes no desenvolvimento do processo, por meio da disputa ocorrida entre o acusador e o acusado, sob a intermediação de um juiz-espectador (no modelo adversarial). *In verbis*:

*El sistema acusatorio se sitúa en el plano de la necesidad de una acusación y con ello de la exigencia de imparcialidad. El adversativo lo hace en el plano de la audiencia o contradicción. El proceso acusatorio exige que alguien sostenga la acción, el adversativo*

<sup>4</sup> 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.

*la confrontación entre dos partes con igualdad de armas bajo la dirección de un tercero imparcial.*<sup>5</sup>

O excerto acima transcrito condensa um aspecto do modelo adversarial que muito interessa ao presente trabalho: a confrontação entre as partes no processo, notadamente na formação de suas provas. Em outras palavras: a iniciativa das partes na produção das provas se dá no plano do contraditório (“*enel plano de la audiencia o la contradicción*”), isto é, no método dialético de conhecimento e reconstrução dos fatos.

## 2.2 Contraditório

Na doutrina brasileira, a definição clássica de contraditório é dada por Almeida, que o define como “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.<sup>6</sup> Essa é uma definição que, apesar de concisa, é muito rica, pois destaca o eixo central do contraditório: a ciência que as partes devem ter sobre os atos processuais umas das outras.

Nessa linha, ao se analisar o contraditório especificamente sob o ângulo da prova, chega-se ao método *dialético* como a melhor maneira para a formação da prova no processo. Isto é, por meio da atividade probatória das partes, que é levada ao conhecimento uma da outra, estabelece-se uma relação de confronto que permite não apenas o questionamento da prova pelo adversário (quanto à sua legalidade e, também, quanto ao seu valor, de modo a influenciar na valoração a ser feita pelo juiz), mas também a reação por meio da produção de contraprova. Na doutrina nacional, em obra específica sobre o direito à prova, assim leciona Gomes Filho:

Finalmente, o contraditório também pode ser visto em seu aspecto *técnico*, pois o melhor método para a descoberta da verdade dos fatos e para a justa aplicação do direito é aquele que leva em conta as contribuições trazidas pelas partes; daí a profunda afirmação de Carnacini, no sentido de que *se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo*.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, Ferrer Beltrán indica o contraditório como um dos elementos que integram o direito à prova:

<sup>5</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales*, p. 42-43.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 82.

<sup>7</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 136.

*Cabe añadir que una concepción robusta del derecho a la prueba no puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. En ese sentido, deberá maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria.<sup>8</sup>*

A importância do contraditório especificamente na produção da prova é muito acentuada na Itália, cuja Constituição, em seu art. 111, §4º, prevê expressamente que “*Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*”. A doutrina italiana especializada no tema de direito à prova afirma, com bastante ênfase, que o contraditório, nesse aspecto, exsurge como método de conhecimento ínsito ao sistema acusatório:

*Si è dinanzi ad un'espressione lapidaria ma completa nella sua semplicità, che consacra il contraddittorio quale metodo di conoscenza. Una prova che sia attendibile non si ottiene in segreto con pressioni unilaterali, ma bensì in modo dialettico.<sup>9</sup>*

Ainda:

*Nel sistema accusatorio è interesse della Giustizia che l'accertamento del reato avvenga secondo il metodo diallettico: al tempo stesso ciò permette di garantire alle parti il diritto alla prova.<sup>10</sup>*

Nesse contexto, sustenta-se que o método dialético, justamente por submeter a prova à discussão entre as partes, é o que permite um melhor acerto do fato:

*Non va infatti obliterato l'innegabile (e imprescindibile) valore euristico del contraddittorio: secondo le acquisizioni dell'epistemologia contemporanea, il metodo dialettico viene ritenuto quello migliore finora escogitato dagli uomini per l'accertamento della verità degli enunciati (...).*

*In questa prospettiva epistemologica, chi sostiene il valore del contraddittorio non intende rinunciare alla ricerca della verità giudiziale, ma anzi affermare che quest'ultima si persegue meglio con la dialettica tra le parti che con la ricerca solipsistica dell'inquisitore.<sup>11</sup>*

<sup>8</sup> *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 56.

<sup>9</sup> TONINI, Paolo; CONTI, Carlota. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014. p. 32.

<sup>10</sup> TONINI, Paolo; CONTI, Carlota. *Il diritto*. p. 135.

<sup>11</sup> UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 331-340, p. 332. Ainda, especificamente sobre a “dialética probatória”: UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1995. p. 13-18.

Com isso, vê-se que, dentro do modelo adversarial, o contraditório assume grande relevância para a produção da prova, enquanto método dialético voltado para a melhor reconstrução possível dos fatos.

### 3 As modalidades de produção de prova previstas no art. 155 do CPP

Esclarecido o campo em que se insere o problema (o modelo adversarial, à luz do contraditório na formação da prova), é importante, agora, definir as modalidades de produção de prova que são previstas na parte final do art. 155 do Código de Processo Penal, a saber: *prova cautelar*, *prova antecipada* e *prova irrepetível*.

#### 3.1 Prova cautelar

Na doutrina brasileira, associa-se a *cautelaridade* da prova à sua *asseguracão* enquanto medida necessária para a sua conservação em face de um risco de perecimento, que pode se verificar, notadamente, pelo decorrer do tempo. Assim explica Gomes Filho ao tratar especificamente do conceito de *prova cautelar* à luz do art. 155 do Código de Processo Penal:

Dentre tais mecanismos [atividades cautelares] incluem-se também aqueles destinados a assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que a ação do tempo impeça ou dificulte que *pessoas* ou *coisas* possam servir como *fonte* de prova.

No dizer de CALAMANDREI, são eles os *procedimentos instrutórios antecipados*, mediante os quais a formação das provas ou a aquisição e o controle das provas pré-constituídas ocorrem não no processo e no momento oportuno, mas antes da própria instauração da relação processual e também precedendo a própria fixação do objeto da lide.

Como providências de natureza cautelar, somente admissíveis em caráter excepcional, estão sujeitas aos requisitos típicos do *fumus boni iuris* – no caso, a relevância da prova que se pretende produzir antecipadamente – e do *periculum in mora* – caracterizado aqui pelo risco de que, ao tempo da instrução, a fonte de prova não mais exista ou não possa trazer as informações que interessam ao processo.

A legislação processual penal prevê diversas situações em que a urgência em se obterem elementos de prova úteis ao esclarecimento dos fatos justifica a antecipação de providências que, em condições normais, somente seriam realizadas em ocasião posterior, com a presença do juiz e das partes.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 252-253.

Na mesma linha, Souza sustenta tratar-se de uma *medida cautelar* por estar dirigida à asseguarção da prova:

A antecipação da prova poderá ser necessária, entretanto, antes mesmo de proposta a ação penal. É a antecipação *antecedente*, e não mais se tratará daquele mero incidente processual de *produção* de prova, mas de *asseguarção* de prova, uma autêntica medida cautelar, enquanto a outra, posto não deixasse de ser praticada por uma questão de cautela, não configurava medida cautelar no sentido estrito, senão simples antecipação, dita emergencial, da produção da prova.<sup>13</sup>

É com base nessa premissa que Barros, em obra específica sobre o *Processo penal cautelar*, discorre acerca das medidas cautelares que visam asseguar a prova, como, por exemplo, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, o exame de corpo de delito e o exame de local de crime.<sup>14</sup>

Também partilhando desse raciocínio, Peluso, ao tratar da produção antecipada da prova testemunhal do art. 366 do Código de Processo Penal, sustenta que:

Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366 do CPP, a 'produção antecipada' da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental *ad perpetuam rei memoriam*, que visa à segurança da prova, tão-somente documentando algum fato cujo desaparecimento seja provável, para que, posteriormente, possa ser utilizado como prova, preservando, assim, a sua futura produção do perigo que a ameaça.

Não se trata, pois, de verdadeira produção emergencial e antecipada de prova, como ocorre, *v.g.*, nos casos definidos no art. 225 do CPP, mas, sim, de mera asseguarção cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório.<sup>15</sup>

Apesar desse entendimento (que parece estar consolidado na doutrina), ousa-se, contudo, dele discordar.

<sup>13</sup> SOUZA, José Barcelos de. Dificuldades na prática do direito: produção antecipada de prova e prova *ad perpetuam memoriam*, com a reforma processual penal de 2008. In: SOUZA, Alexander Araujo de; GOMES, Décio Alonso (Coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 259.

<sup>14</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 446 e ss.

<sup>15</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: RT, v. 16, n. 72, maio/jun. 2008, p. 195.

Não há como se associar a noção de cautelaridade à de produção de prova, que, na verdade, como será visto adiante, parece mais denotar a noção de *antecipação* do que, propriamente, de cautelaridade.

Em obra específica sobre *A tutela cautelar no processo penal*, Lima – que, aliás, sustenta que uma das finalidades das cautelares no processo penal é a “garantia ou segurança da prova, como a busca e apreensão e a produção antecipada da prova”<sup>16</sup> – aponta quais são as características fundamentais das cautelares penais, a saber: acessorialidade, preventividade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade, revogabilidade, não definitividade, referibilidade, jurisdicionalidade e adequação/proporcionalidade.<sup>17</sup>

Sem a pretensão de realizar uma análise exaustiva sobre as características da medida cautelar (até porque extravasaria os limites do presente trabalho), mister destacar duas delas: a provisoriedade e a revogabilidade. De acordo com o referido autor, consistem elas em:

4. Provisoriade – A duração da tutela cautelar é provisória se justificando por uma situação de emergência, e, assim, deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer motivo que a torne desnecessária. Este requisito, como anteriormente visto, é identificado, por parte da doutrina, como temporiedade.

5. Revogabilidade – A medida cautelar é revogável, desde que ocorram novas circunstâncias, pois esta é produto de uma cognição sumária. Tal característica está clara no Código de Processo Civil: “Art. 807 – As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

E também no processo penal a detectamos, conforme se vê no art. 316 do CPP: “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.<sup>18</sup>

Ora, não há como se associar a ideia de prova, ou melhor, de *produção de prova* às características (associadas à cautelaridade) de *provisoriade* e *revogabilidade*. A prova que se sujeita à “cautelaridade” é efetivamente produzida (ainda que em momento antecipado), isto é, ingressa no mundo jurídico e somente pode dele sair (ou melhor, ser excluída) caso se reconheça eventual ilicitude em sua produção.

Em outras palavras, como a prova “cautelar” é, de fato, *produzida* (por exemplo, a colheita antecipada do depoimento de uma testemunha enferma) e ingressa

<sup>16</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

<sup>17</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar*, p. 107-109.

<sup>18</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar*, p. 108.

no mundo jurídico, torna-se difícil sustentar que essa prova seria *provisória* – e, assim, “deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal” – sem que se saiba, inclusive, qual seria essa “decisão no processo principal” (se o recebimento da denúncia ou a sentença, por exemplo).

Na mesma esteira – e o que nos parece ainda mais sintomático da impropriedade do conceito –, tampouco se pode dizer que a prova “cautelar”, uma vez produzida (tome-se, novamente, o exemplo da prova testemunhal antecipada), poderia ser revogada: é logicamente impossível que se revogue algo que já foi produzido e que já ingressou na persecução penal. A prova “cautelar”, uma vez introjetada nos autos (da investigação, na hipótese do trabalho aqui exposto), somente pode ser excluída caso se reconheça nela eventual ilicitude.

Assim, mesmo que a situação de “cautelaridade” não mais se mantenha, a medida (isto é, a produção da prova “cautelar”) não pode ser revogada: a prova já foi produzida e fará parte da persecução, não podendo ser dela retirada (independentemente, repita-se, de eventual perda da situação de cautelaridade).

Parece-nos que a chave para a compreensão dessa incompatibilidade lógico-jurídica está na própria premissa da finalidade do processo cautelar, que, segundo Dinamarco, “dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal”.<sup>19</sup> Esse é o ponto fulcral do problema: a prova “cautelar” não tem por finalidade “conferir eficácia ao principal” ou mesmo ser um “meio de garantia ao provimento jurisdicional”. Não há relação de dependência entre a prova “cautelar” e o “principal” (seja a ação penal, seja, para a nossa hipótese de trabalho, a investigação criminal) e, por isso, não há como se imaginar que a prova “cautelar” possa garantir ou conferir eficácia ao principal.

Tome-se aqui o exemplo da prisão preventiva (que foi, inclusive, utilizado pelo autor acima mencionado para ilustrar a característica de revogabilidade): ela, sim, constitui uma autêntica medida cautelar, porquanto visa garantir a eficácia da persecução em que foi decretada. Seja por um risco de destruição de provas (conveniência da instrução criminal), seja pelo risco de que o imputado fuja do país (garantir a aplicação da lei penal), seja pelo risco à ordem pública ou econômica, a finalidade da prisão preventiva é puramente cautelar: evitar um risco e, assim, garantir a eficácia do processo. A prova “cautelar”, por sua vez, nada se assemelha à medida cautelar de prisão preventiva: ela não garante a eficácia da

<sup>19</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 308. No mesmo sentido: “Pode ser o processo cautelar conceituado como aquele através do qual se visa meios de garantia e eficácia do provimento jurisdicional, provimento este que, finalmente, irá ser obtido por meio de um futuro ou mesmo concomitante processo de conhecimento ou de execução” (LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar*, p. 60.).

persecução. O que ela garante, na verdade, é a produção antecipada da prova e a sua introjeção nos autos – e nada mais do que isso.<sup>20</sup>

De mais a mais, a apontada impropriedade lógico-jurídica da expressão pode ser interpretada, também, como uma confusão terminológica entre a *cautelaridade* e (o que nos parece ser o verdadeiro sentido de toda essa discussão) a *antecipação* da prova. Nesse sentido, a aproximação entre os dois termos é apontada por Gomes Filho, que, inclusive, minimiza a importância prática dessa distinção:

O novo texto do art. 155 fala em prova *cautelares e antecipadas*. Na verdade, a distinção entre elas não tem importância prática, pois o que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação da prova. A diversidade terminológica tem sua raiz na consideração do meio ou do resultado: a medida acautelatória é o instrumento para a antecipação da produção da prova.<sup>21</sup>

Por isso, seja pela incoerência da expressão “prova cautelar”, seja pela aproximação dos conceitos de “prova cautelar” e “prova antecipada”, opta-se, neste trabalho, por se utilizar apenas a expressão “prova antecipada”, por nos parecer mais adequada (como será visto adiante) e, principalmente, para melhor didática na exposição do tema.

### 3.2 Prova antecipada

A *antecipação* da prova está calcada em uma questão estritamente temporal: em vez da prova ser produzida na fase instrutória (isto é, durante a ação penal), ela o é em momento anterior, durante a fase de investigação. Em outras palavras, trata-se de produzir a prova em momento anterior àquele em que normalmente seria produzida. O motivo para essa antecipação reside, fundamentalmente, em um risco de perecimento da prova, que não poderia ser conservada (ou, ainda que o fosse, correria sérios riscos de ser modificada) até o momento da instrução processual. Um exemplo bem ilustrativo dessa hipótese é a situação prevista no art. 225 do Código de Processo Penal: caso haja receio de que uma testemunha não

<sup>20</sup> Por isso, não se concorda com o raciocínio construído por *Vinicius de Toledo Piza Peluso* no sentido de que a produção antecipada da prova testemunhal na hipótese do art. 366 do CPP “não implica plena e efetiva realização do direito probatório” (*Revelia*, p. 195). Ora, com a produção da prova testemunhal o direito probatório é, sim, realizado. Por isso, a ideia que o autor defende (com razão, parece-nos) no sentido de que, na hipótese de revogação da suspensão, os depoimentos devem ser novamente colhidos (caso isso seja possível) é, no fundo, uma *repetição* da prova. Ao contrário do que ele sustenta, não nos parece que possa existir “transformação” daquele primeiro (e antecipado) depoimento em prova (*Revelia*, p. 202), justamente porque (repite-se o ponto) a prova já foi produzida, em contraditório – e, por isso, reveste-se de “natureza probatória” desde o seu início. Assim, a repetição da prova testemunhal, por ser outra produção de prova (ainda que sobre a mesma fonte de prova), não tem o condão de mudar ou conferir uma “natureza probatória” àquela primeira prova (até porque ela já a tinha).

<sup>21</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, p. 253.

esteja disponível (por ausência, enfermidade ou velhice) no momento da instrução criminal, o seu depoimento pode ser antecipado a fim de garantir a produção dessa prova.

Assim, o ponto central da *antecipação* da prova é a sua *indisponibilidade* para um momento futuro, qual seja, o da ação penal (em que, via de regra, viria a ser produzida). Nesse sentido, é interessante a lição que foca a antecipação na indisponibilidade da prova e a distingue da irrepetibilidade (que será explorada no subitem 3.3, *infra*):

*La preconstitución probatoria, y también la anticipación, no pueden justificarse nunca en el concepto de 'irrepetibilidad' de la correspondiente actuación, o en su imposible 'reproducción' en el juicio oral, sino en la concurrencia de un supuesto justo de 'no disponibilidad' de la fuente de prueba para el juicio oral.*<sup>22</sup>

É justamente essa *indisponibilidade* da prova para um momento futuro que a caracteriza como *impostergável*, no sentido de que a sua produção não pode ser diferida para a fase de instrução. A doutrina italiana adota esse entendimento para o que lá se denomina de *atti non rinviabili*, que se assemelham ao nosso conceito de prova antecipada e são caracterizados pela “*indifferibilità, cio è inutilità (anche se non necessariamente irripetibilità) dal punto di vista processuale dell'accertamento fatto successivamente, cio è nel dibattimento*”.<sup>23</sup>

Em resumo, a antecipação da prova decorre de sua produção em um momento anterior (na hipótese tratada neste trabalho, na fase de investigação, em vez da ação penal) para se evitar o risco de dispersão ou perecimento da prova.

Por fim, vale destacar o que a doutrina italiana agrega à definição do conceito como “antecipação funcional”: além de evitar a dispersão do meio de prova, deve também atender à própria finalidade da investigação, no sentido de uma melhor reconstrução dos fatos. Assim, se a produção de determinada prova for importante para o acerto dos fatos (e, assim, para o próprio rumo da investigação), poderá ela ser antecipada (ainda que, considerando apenas sua natureza, não enfrente nenhum risco de perecimento).<sup>24</sup>

### 3.3 Prova irrepetível

A irrepetibilidade da prova, por sua vez, está relacionada à impossibilidade material de sua renovação: por razões materiais, ínsitas à própria natureza da

<sup>22</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *La anticipación*. p. 185.

<sup>23</sup> BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 8.

<sup>24</sup> BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio*. p. 7.

prova, ela só pode ser produzida uma única vez, seja porque se deteriorará quando de sua produção, seja porque, mesmo que isso não ocorra, sua produção posterior pode se tornar prejudicada em razão de perecimento ao longo do tempo. Na doutrina nacional, tem-se, a esse respeito, a lição de Lopes Junior:

As provas não repetíveis ou não renováveis são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual.<sup>25</sup>

A prova irrepetível, ainda, pode estar ligada à manutenção de um estado de coisas que não perdurará por muito tempo: imagine-se, por exemplo, a realização de um exame no local do crime ou mesmo de um exame necroscópico na vítima. Aquele estado de coisas (o local do crime ou o corpo da vítima) deve ser analisado imediatamente, sob risco de dispersão de elementos importantes para a reconstrução dos fatos, justamente por não ser possível a manutenção daquele estado por muito tempo. Esse, aliás, é um dos aspectos apontados pela doutrina italiana: “[*atti irripetibili*] *sarebbero quegli atti caratterizzati da impossibilità fisica, materiale di compiere l’atto medesimo in un momento successivo in relazione a persone, cose o luoghi soggetti ad inevitabile modificazione*”.<sup>26</sup>

O entendimento chega, inclusive, a ir além da concepção naturalística de irrepetibilidade (ligada à possibilidade *material* de sua reprodução ou posterior produção) para englobar, também, o que se denominou de *acepção jurídica* de irrepetibilidade, a saber:

*Un importante contributo in tal senso è da ricondursi alla sentenza dele Sezione unite Greco del 2006, secondo cui la prova è ripetibile soltanto se una successiva assunzione assicura la possibilità di controllare la genuinità dell’elemento. Si tratta di un’esegesi che segna ormai l’abbandono della concezione ‘naturalistica’ in favore di una più consapevole accezione di tipo ‘giuridico’: l’atto deve essere ripetibile ‘in modo utile’ ai fini dell’accertamento del fatto. Un tale approccio permette, dunque, di restringere il novero degli atti ripetibili che possono essere assunti in modo unilaterale.*<sup>27</sup>

<sup>25</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 328.

<sup>26</sup> BIONDI, Giuseppe. *L’incidente probatório*, p. 8.

<sup>27</sup> TONINI, Paolo; CONTI, Carlota. *Il diritto*, p. 498.

Vê-se, assim, que o conceito de prova irrepetível abarca, inicialmente, as hipóteses de impossibilidade física da repetição da prova, seja porque ela pode ser produzida somente uma vez (imagine-se, por exemplo, um exame de DNA em um fio de cabelo), seja porque há risco de perecimento da prova ao longo do tempo, de modo a ser necessário que ela seja produzida imediatamente, em razão da impossibilidade de manutenção do estado de coisas (v.g., um exame pericial realizado no local do crime).<sup>28</sup>

Além dessa concepção *material*, adota-se, também, uma acepção *jurídica* da irrepetibilidade, que leva em conta a utilidade, ou melhor, a eficácia na realização da prova em um momento posterior. Assim, ainda que, em tese, a prova possa ser repetida posteriormente, não terá (nesse segundo momento) a mesma eficácia, de modo que, para que seja mais fidedigna possível (e, assim, melhor contribua para a reconstrução dos fatos), deve ser realizada imediatamente (e apenas uma vez).

Como exemplo dessa última acepção, tem-se o meio de prova do reconhecimento, que pode ser considerado *irrepetível* justamente em razão da baixa fidedignidade de sua produção em um momento distante do crime (isto é, na ação penal). Essa é a conclusão alcançada em trabalho específico sobre o tema:

Este meio de prova, em razão da especial natureza que o reveste, é um ato definitivo e irreprodutível, pois não pode ser repetido em condição idêntica. Esta irrepetibilidade está “derivada do fator psicológico preponderante na pessoa chamada a reconhecer” (tradução livre).

Gustavo A. Arocena, ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é prova irreprodutível, porque não se pode repeti-lo em idênticas condições.

Para Eduardo M. Jauchen, o fato de o reconhecedor expressar um juízo de identidade quando lhe são exibidas pessoas ou coisas configura experiência que uma vez efetuada e obtido um resultado, positivo ou negativo, tornará ineficaz uma nova realização, pois a imagem incorporada nesse ato interferirá na cadeia de memória da pessoa. Assim, perderia toda a eficácia probatória eventual realização de um segundo reconhecimento.

<sup>28</sup> Nesse sentido, é interessante o raciocínio desenvolvido por Guzmán Fluja, no sentido de que o melhor seria tratar de “indisponibilidade” da fonte de prova, e não de sua irrepetibilidade, até mesmo porque, se a prova somente pode ser produzida na ação penal (“juicio oral”), seria incorreto falar de sua “repetição”: “Si sólo es prueba la que se celebra em el juicio oral cae por su próprio peso que el juicio oral no es un lugar para repetir algo que sólo puede existir dentro de él. La prueba o existe dentro del juicio oral o no existe, pero no es posible hablar de prueba (entendida como la conjunción fuente-medio) que se haya formado fuera del juicio oral y que haya devenido irrepetible, cualquiera que sea la circunstancia, en él. En este sentido afirmo que, en mi opinión, no hay pruebas irreproducibles, ni pruebas que sean de imposible repetición, en el juicio oral. En todo caso se podrá hablar de otro problema, y será éste problema, y no aquel, el que deba ser solucionado. Y ese problema es el de la no disponibilidad de la fuente de prueba en el momento de juicio oral” (GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *La anticipación*, p. 199-200).

Assim, o reconhecimento é irreprodutível, pois não pode ser renovado nas mesmas condições. Qualquer novo reconhecimento estará viciado, pois influenciado pelo primeiro.

A partir do momento que o reconhecedor teve contato com a pessoa a ser reconhecida, a imagem guardada na memória influirá no segundo reconhecimento. Assim, estará o ato viciado. É, portanto, meio irrepitível de prova.<sup>29</sup>

Esse alargamento do conceito de *irrepetibilidade* da prova garante maior fidedignidade à reconstrução dos fatos e será importante, inclusive, para as soluções que serão propostas neste trabalho para o problema.

### 3.4 Correlação (e distinção) entre prova antecipada e irrepitível

Como se depreende dos tópicos 3.2 e 3.3 *supra*, os conceitos de prova antecipada e prova irrepitível possuem muitas semelhanças entre si (sendo possível, inclusive, que se sobreponham em determinada situação), mas também guardam diferenças, que devem ser ressaltadas para a exata compreensão de seus sentidos e, como se verá abaixo, para que se possam traçar as linhas gerais para a solução do problema aqui colocado.

Ambos os conceitos estão ligados a situações excepcionais de produção da prova, que, para o escopo do presente trabalho, acarretam o seu deslocamento para um momento anterior – qual seja, o da investigação criminal. Com isso, quer-se dizer que tanto a situação de *antecipação* como a de *irrepetibilidade* resultam na produção da prova em uma fase precedente à ação penal, isto é, na fase de investigação. Em outras palavras: havendo risco de perecimento da prova (v.g., enfermidade da testemunha), será ela produzida em momento antecipado, e sendo a prova irrepitível, seja por razão material, seja por razão de se garantir maior fidedignidade ao seu resultado, também será ela produzida em momento antecipado.

Contudo, não há uma correspondência necessária entre os conceitos: a irrepetibilidade da prova não leva necessariamente à sua antecipação (e vice-versa). Observe-se, nesse contexto, que uma prova irrepitível pode não ser produzida antecipadamente, ou seja, a sua produção pode ser postergada para o momento da ação penal. Imagine-se, por exemplo, um exame de DNA em um fio de cabelo (que possa ser conservado sem perigo de alteração): se as investigações alcançarem indícios suficientes de autoria para que o Ministério Público possa oferecer uma denúncia, tal exame pode ser realizado depois, durante a ação penal. Tem-se,

<sup>29</sup> LOPES, Mariângela Tomé. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198-199.

aqui, um exemplo de prova irrepetível, mas que não cumula a característica de antecipação.

O mesmo pode ocorrer com a situação inversa: imagine-se a antecipação de uma prova testemunhal por risco de falecimento (art. 225 do Código de Processo Penal): se, ao tempo da instrução (leia-se: ação penal), a testemunha ainda estiver presente, o seu depoimento poderá ser novamente tomado.<sup>30</sup> Tem-se, então, um exemplo de prova antecipada que não é irrepetível (ou seja, que pode ser posteriormente repetida).

A distinção entre essas modalidades de produção de prova, repita-se, é importante para que se tenha a exata compreensão de seus alcances e, principalmente, para que se possa melhor vislumbrar as soluções que serão propostas no tópico 5 abaixo.

## 4 O problema: produção da prova sem contraditório

Definidos o ambiente em que se situa o problema e os conceitos aqui analisados (itens 2 e 3 *supra*, respectivamente), chega-se ao ponto central do problema: a produção da prova, à míngua do contraditório, durante a fase de investigação.

### 4.1 Espaço: investigação criminal

A reforma operada pela Lei nº 11.690/08 inseriu no art. 155 do Código de Processo Penal um significado particular de *prova*, que já era tratado pela doutrina: “Só podem ser considerados provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório”.<sup>31</sup> Assim, com base em tal acepção, vê-se que a *prova* somente poderá ser produzida na fase instrutória, isto é, durante a ação penal, uma vez que é nela que, via de regra, incide o contraditório. É dizer: uma vez que a fase investigatória carece do contraditório, nela não se pode falar em prova, mas, sim, em *elementos informativos* – tal como disposto no citado art. 155.

Diante disso, a produção da prova antecipada e/ou irrepetível durante a ação penal não apresenta problemas na medida em que terá a observância do contraditório. O problema, portanto, se coloca no espaço da investigação criminal, no qual as provas antecipadas e/ou irrepetíveis serão, a princípio, produzidas sem o contraditório – que, repita-se, não incide nessa fase da persecução.

<sup>30</sup> É, inclusive, a parte do raciocínio acima apontado de Peluso com a qual concordamos, sobre produção antecipada de prova testemunhal na hipótese do art. 366 do CPP (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Revelia*, p. 200-202).

<sup>31</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*. p. 250.

Com isso, o problema que se coloca é como, em determinadas situações, se poderia trazer o contraditório para a produção de provas na fase investigatória – especificamente, as provas antecipadas e/ou irrepetíveis. A questão é importante não apenas para garantir a produção de prova em contraditório, mas também porque a investigação criminal tem se mostrado cada vez mais importante na coleta de informações para toda a persecução penal.

## 4.2 A crescente importância da investigação criminal na coleta de informações

O (rápido) desenvolvimento da tecnologia tem permitido às autoridades encarregadas da persecução penal alcançar uma ampla gama de informações desde o início das investigações. Meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, a captação ambiental e a infiltração de agentes,<sup>32</sup> também denominados “métodos ocultos de investigação”,<sup>33</sup> caracterizam-se pelo uso intenso de tecnologias e medidas avançadas de investigação, que, em um contexto de alta invasão na esfera de intimidade do indivíduo, resultam na coleta de um vasto conjunto de informações.

Somando-se a isso o aumento da criminalidade e a constante sofisticação nos meios utilizados para a prática de delitos, percebe-se como a investigação criminal tem também se incrementado, seja pela tecnologia disponível para a pesquisa da prova, seja pela inexorável proximidade que ela tem do cometimento do delito (o que possibilita a coleta de informações relevantes para a reconstrução dos fatos).

Ocorre que o contexto da investigação criminal é, por sua própria natureza, pautado pela ausência do contraditório e por um pequeno espaço de atuação da defesa – o que torna ainda mais preocupante a questão aqui colocada.

Assim, pela importância que a fase da investigação tem para a persecução penal (sobretudo em razão da coleta de relevantes informações para a reconstrução dos fatos a serem posteriormente debatidos em eventual ação penal), faz-se necessário pensar em que medida e em quais situações se justifica a antecipação do contraditório para a produção de determinadas provas, quais sejam, as antecipadas e/ou irrepetíveis.

<sup>32</sup> Com a ressalva de que as duas últimas, apesar de nominadas no art. 3º da Lei nº 12.850/13, não possuem regulamentação legal, algo imprescindível para a *tipicidade* da prova, sendo, por isso, inaplicáveis no ordenamento brasileiro.

<sup>33</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons. 2014. p. 59-62.

## 5 Possíveis soluções para a produção da prova antecipada e/ou irrepetível em contraditório durante a fase de investigação

Fixados as premissas, as modalidades de produção de prova e o ponto central da questão, chega-se, então, à análise de possíveis soluções para o problema aqui apresentado, tanto *de lege lata* (pois o ordenamento brasileiro contempla algumas hipóteses de antecipação da produção da prova na fase investigatória) como *de lege ferenda* (pois, para um devido tratamento ao tema, seriam necessárias reformas legais substanciais em nosso sistema processual penal).

### 5.1 *De lege lata*

#### 5.1.1 Produção antecipada de provas (art. 156, I, CPP e arts. 381 a 383, CPC; c.c. art. 3º, CPP)

O inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal prevê que o juiz poderá, 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”.

De início, é necessário fixar qual a interpretação constitucional que se deve dar a essa norma: por ela, não se conferem ao juiz poderes de investigação, mas, sim (e diversamente), de instrução. Quer-se dizer com isso que ao juiz é vedado assumir uma postura ativa na investigação para sair à caça de elementos de informação que sirvam à reconstrução dos fatos e à eventual propositura de ação penal. Não pode haver, assim, um juiz investigador. Nesse contexto, à luz da citada norma, o que se permite ao juiz é determinar a produção de provas em determinadas hipóteses de urgência e relevância, como leciona a doutrina:

Ao dizer, assim, que o juiz pode determinar produção antecipada de *provas consideradas urgentes e relevantes*, a lei não contempla outra coisa senão a iniciativa judicial para a antecipação de atos tendentes à formação de *provas* – não de elementos de investigação –, diante do risco de desaparecimento ou deterioração das *fontes* de informação.

São, por exemplo, os casos de depoimentos antecipados, perícias urgentes etc. –até mesmo podem resultar em provas destinadas a demonstrar teses defensivas –, que, de outro modo, estariam comprometidos pela ação do tempo.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas*, p. 261.

De mais a mais, se, conforme a citada norma, o juiz pode determinar a produção antecipada de provas, com muito mais razão poderão requerê-la tanto a autoridade policial como o Ministério Público e o imputado. Posto isso, vê-se que a norma estabelece dois requisitos para a produção antecipada de provas: a *urgência* e a *relevância* delas.

Por certo, ao se tratar de *urgência* na produção de uma prova, invariavelmente se está a tratar da necessidade de sua antecipação. Em outras palavras, a *urgência* está ligada a um momento, isto é, a uma necessidade imediata, que, por sua vez, se conecta à definição de antecipação da prova.

Contudo, trata-se de um requisito demasiado amplo: carece de requisitos objetivos que definam quais as hipóteses de produção de prova que podem ser consideradas urgentes – como, por exemplo, uma situação da antecipação ou mesmo de irrepetibilidade da prova. Daí que, como será tratado abaixo (item 5.2.1), melhor seria que se adotassem conceitos mais objetivos relacionados à “urgência da prova”, a exemplo das situações de antecipação e irrepetibilidade.

Por sua vez, o critério de *relevância* da prova não pode ser analisado sob o ponto de vista de sua *idoneidade concreta*, pois abriria margem a uma subjetividade muito grande na valoração da prova. Conforme explica Badaró, em um trabalho de análise crítica sobre os conceitos de *pertinência* e *relevância* da prova:

Mas, além de inadequado conceitualmente, identificar a relevância da prova com sua idoneidade concreta é perigoso, porque aumenta o já largo campo de incerteza – muitas vezes confundido com discricionariedade – que frequentemente tem permitido graves violações do direito à prova. Como controla um raciocínio judicial sobre se, uma vez produzida a prova, o seu resultado será levado em conta para decidir sobre a afirmação de um fato a ser considerado no julgamento? Será puro arbítrio ou inaceitável futurologia.

O juiz não deve admitir ou excluir um meio de prova em razão de uma valoração prognóstica sobre a idoneidade ou inidoneidade do meio a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos que se pretende provar. O meio de prova requerido pela parte será relevante quando for potencialmente apto a introduzir fatos representativos que possam determinar alguma escolha do juiz, quando futuramente tiver que, de modo racional, decidir e justificar a escolha de uma afirmação sobre aspectos fáticos que integram o fato principal ou fatos secundários.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo. 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. 315.

Com base nesse raciocínio, deve-se interpretar a *relevância* da prova por meio de um juízo hipotético entre o fato que se pretende provar (pelo meio de prova requerido) e o fato que constitui a imputação penal. Assim:

[...] o fato que se pretende provar será relevante quando, na hipótese de ser demonstrado pelo resultado probatório, permita inferir, com base nas máximas de experiência normalmente aceitas, a ocorrência ou inoocorrência de um aspecto fático da imputação ou causa de pedir (sendo, pois, um fato secundário ou circunstancial). Na linguagem penal, o indício é o clássico exemplo de um fato secundário.

(...) Fato relevante é aquele que tem por objeto um fato secundário ou circunstancial, que por inferência, se relaciona com o fato principal.<sup>36</sup>

Estabelecido o conteúdo do requisito da *relevância*, deve-se fazer outra crítica a ele: por se tratar de um conceito ligado ao direito à prova, de maneira geral, nada contribui para a especificação das situações em que se justificaria a antecipação da prova. É dizer, por se tratar de um requisito ínsito à produção de qualquer prova, em qualquer momento da persecução, pouco, ou melhor, nada contribui para a solução do problema aqui apresentado.

Por isso, uma saída é valer-se, por analogia (art. 3º, CPP), do procedimento previsto no Código de Processo Civil sobre a “produção antecipada da prova” (arts. 381 a 383). Ainda que a produção da prova no âmbito civil divirja da produção na seara penal, é possível se valer de alguns dos requisitos lá previstos, notadamente o inciso I do art. 381, que, ao tratar da *impossibilidade ou difícil verificação de fatos na pendência da ação*, em muito se correlaciona aos conceitos (acima tratados) de irrepetibilidade e antecipação da prova.

A utilização analógica do procedimento civil, apesar de insuficiente para a precisa definição de critérios, pode auxiliar a reduzir um pouco o grau de subjetivismo atrelado ao requisito de *urgência* previsto na norma penal.

### 5.1.2 Art. 225 do CPP

Como visto acima (item 3.2 *supra*), a hipótese de produção antecipada de prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal configura claro exemplo de *prova antecipada*. Com efeito, está-se diante de uma situação em que há risco de perecimento da prova, pelo receio de que a testemunha não mais exista ao tempo da instrução (por motivo de enfermidade, doença ou ausência). Diante disso, justifica-se a *antecipação* da produção da prova.

<sup>36</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. *Direito à prova*, p. 315-316.

Para os fins do presente trabalho, o que importa destacar em relação a esse artigo é que não se deve interpretá-lo como incidente apenas durante a ação penal<sup>37</sup> (por exemplo, colher-se o depoimento com a ação penal instaurada, mas antes de iniciada a sua fase instrutória), mas também na fase de investigação – interpretando-se “partes” como a autoridade policial, o Ministério Público ou mesmo o imputado.

### 5.1.3 Cadeia de custódia

Por fim, deve-se destacar a *cadeia de custódia* como importante mecanismo para a preservação da fonte de prova pesquisada durante a investigação e a ser produzida posteriormente, em eventual ação penal ou mesmo em um momento futuro da própria investigação.

Na doutrina nacional, Prado, em trabalho que versa sobre o tema, aponta que a finalidade da cadeia de custódia é assegurar a integridade dos elementos probatórios, na medida em que:

Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. Trata-se de evitar o fenômeno da “*break on the chaincustody*”.<sup>38</sup>

Nesse contexto, detalha Guzmán Fluja como se concretiza a cadeia de custódia no asseguramento da prova:

La cadena de custodia tiene el objetivo de acreditar que la preba no ha sido alterada, contaminada etc., o que no se ha cometido un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado, directa o indirectamente, con el o los hechos que se desean probar, así como que las técnicas utilizadas son las apropiadas. (...)

*Desde luego, la cadena de custodia implica una descripción del objeto, de su estado original, del lugar donde se encontró, identificación de quienes lo van teniendo en su poder, qué operaciones se han realizado respecto de él, etc. Igualmente habrá que determinar con precisión en qué lugares ha estado depositado o custodiado y bajo la*

<sup>37</sup> Como sustenta Antonio Magalhães Gomes Filho: “O que o legislador pretendeu certamente sublinhar, com a variação de nomenclatura, foi que há situações mais gerais em que os atos de formação de prova são realizados cautelamente, independentemente da observância do contraditório, e outros casos em que a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada (v.g., o do art. 225 do CPP), com a necessária participação das partes” (*Provas*, p. 253).

<sup>38</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal*, p. 77.

*responsabilidad de quien; quien ha podido tener acceso a ellos, entre otras cuestiones.*<sup>39</sup>

Assim, ainda que a cadeia de custódia não esteja ligada diretamente à produção da prova antecipada e/ou irrepetível, é possível observar uma relação (mesmo que indireta) principalmente com a prova irrepetível, na medida em que auxilia a sua custódia e preservação, a fim de que possa ser produzida em um momento futuro, seja na própria investigação, seja na ação penal.

Trata-se, portanto, de um mecanismo que pode auxiliar a compreensão do conceito de prova irrepetível e, a depender da hipótese, preservá-la para que a sua produção não tenha que também ser antecipada.

## 5.2 *De lege ferenda*

### 5.2.1 Incidente probatório

Sem a pretensão de se fazer uma análise de direito comparado a respeito do tema, toma-se o modelo italiano como paradigma para uma proposta de reforma no ordenamento brasileiro.

O instituto do *incidente probatório*, previsto nos arts. 392 a 404 do Código de Processo Penal italiano, tem como finalidade justamente antecipar o contraditório para a fase anterior à ação penal (*dibattimento*) para a produção de um rol específico de provas, relacionadas a situações de antecipação ou irrepetibilidade. Em linhas gerais, assim é definido o instituto:

*[...] fondamento dell'istituto resta pur sempre la non rinviabilità dell'atto al dibattimento, vuoi perché si tratta di prova non ripetibile ovvero influenzabile e, pertanto, a rischio dispersione, vuoi perché si tratta di prova la cui acquisizione appare fondamentale per le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale, vuoi ancora perché si tratta di prova la cui assunzione posticipata al dibattimento renderebbe eccessivamente lungo il tempo di durata di quest'ultimo, infine, vuoi perché anche in fase di indagini va garantito il diritto dell'indagato a confrontarsi con il suo accusatore.*<sup>40</sup>

As hipóteses em que se permite a instauração do incidente probatório estão previstas no rol do art. 392 do CPP italiano e em algumas normas esparsas do mesmo *codex*. Dentre elas, destacam-se: i) antecipação de prova testemunhal,

<sup>39</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *La anticipación*, p. 227-228. É interessante a menção que o autor faz, nesse mesmo excerto, na nota de rodapé nº 67, às normas do Código de Processo Penal colombiano (arts. 288 e 289) que disciplinam a cadeia de custódia.

<sup>40</sup> BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio*, p. 5.

quando houver fundado motivo de que a pessoa não poderá ser indagada na ação penal em razão de enfermidade ou outro grave impedimento (art. 392, a); ii) antecipação da prova testemunhal, quando houver fundado motivo de que a pessoa seja exposta a violência, ameaça ou oferta de dinheiro, a fim de que preste falso testemunho (b); iii) perícia ou exame judicial, se a prova envolve pessoa, coisa ou lugar cujo estado é sujeito a modificações inevitáveis (f); iv) reconhecimento, quando particulares razões de urgência não permitirem que o ato seja produzido na ação penal (g).

Ainda que o intuito, aqui, não seja uma detalhada exposição das hipóteses e do procedimento do incidente probatório,<sup>41</sup> o importante é destacar os contornos gerais do instituto a fim de provocar uma reflexão sobre a uma possível solução a ser adotada no ordenamento brasileiro. Assim, à luz do rol previsto na legislação processual italiana para o incidente probatório, vale destacar o que a doutrina elenca como os quatro grupos principais de hipóteses:

- *La non rinviabilità attiene al mezzo di prova in quanto tale, nel senso che l'eventuale differimento esporrebbe al rischio di disperdere la stessa fonte di prova: tale é il caso della testimonianza a futura memoria;*
- *la non rinviabilità attiene ai risultati del mezzo di prova, sia sotto il profilo della genuinità (come nel caso del dichiarante esposto a violenza o minaccia o subordinazione) che sotto quello dell'efficacia dimostrativa (come nel caso della ricognizione, i cui risultati possono essere frustrati dal decorso del tempo);*
- *le ipotesi in cui è l'elemento materiale su cui deve cadere la prova a non potere sopportare l'attesa del dibattimento (è il caso della perizia o dell'esperimento che riguarda persone, cose o luoghi soggetti a modifiche non evitabili); e*
- *perizie di lunga durata: e in questa ipotesi la non rinviabilità non soddisfa il fine di assicurare un mezzo di prova che può andare disperso, ma si fonda sulla tendenziale inconciliabilità delle modalità di assunzione con la concentrazione del dibattimento.*<sup>42</sup>

Interessante notar, inclusive pelo excerto transcrito, que, para o incidente probatório, adota-se uma interpretação mais ampla dos conceitos de *antecipação* e, principalmente, de *irrepetibilidade*. Trata-se das acepções acima expostas, sobre um conceito *funcional* de antecipação e *jurídico* de irrepetibilidade (itens 3.2 e 3.3 *supra*, respectivamente).

<sup>41</sup> Para mais detalhes sobre o instituto, v.: BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio*; ANGELETTI, Rizio. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 22-78; LA ROCCA, Elvira Nadia. *La prova delegata*. In: GAITO, Alfredo. *La prova penale: le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*. v. 2. Torino: Utet Giuridica, 2008. p. 209-239.

<sup>42</sup> BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio*, p. 5-6.

Na doutrina nacional, merece destaque o escólio de Lopes Junior, que, sem fazer menção ao instituto italiano, sustenta ser necessário instituir um “incidente de produção antecipada da prova”,<sup>43</sup> que teria como requisitos básicos: “a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença; b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova”.<sup>44</sup> A proposta do autor é muito louvável e ancora-se na premissa exposta no presente trabalho. Contudo, há que se fazer duas críticas aos requisitos por ele sugeridos, com o intuito de tentar estabelecer critérios mais objetivos e claros para a produção da prova antecipada e/ou irrepetível.

Em primeiro lugar, parece-nos que seria mais adequado falar em *pertinência* e *relevância* da prova (na acepção sustentada por Badaró, no trabalho aqui referenciado)<sup>45</sup> do que em “relevância e imprescindibilidade”, sobretudo pela associação com o “conteúdo da sentença”. Ora, a menção à “sentença” faz crer que o autor pressupõe que, diante da prova produzida na fase de investigação, haverá uma ação penal – com o que não se pode concordar, pois a investigação pode implicar uma decisão de arquivamento.

Além disso, ao se associar a prova com o “conteúdo” da sentença, dá-se margem a uma interpretação sobre a *idoneidade* da prova, isto é, sobre a sua valoração (e, portanto, sua importância para o convencimento judicial), com o que tampouco se pode concordar, por implicar elevado subjetivismo.

Por isso, parece-nos que, como primeiro requisito para o “incidente de produção antecipada de prova”, seria mais adequado estabelecer a *pertinência e relevância da prova*, sempre seguindo a acepção de que “fato pertinente é aquele que, abstratamente, tem por objeto o fato principal ou jurídico” e “fato relevante é aquele que tem por objeto um fato secundário ou circunstancial, que por inferência, se relaciona com o fato principal”.<sup>46</sup>

Em segundo lugar, traria mais clareza e mais objetividade estabelecer como requisito não apenas a “impossibilidade de repetição”, mas, sim, a *irrepetibilidade e/ou a necessidade de antecipação da prova*. Isso porque, à luz das definições acima expostas (itens 3.2 e 3.3 *supra*), abranger-se-ia um rol maior de situações (que não apenas a “impossibilidade de repetição”, é dizer, a irrepetibilidade) e evitar-se-iam confusões entre ambos os conceitos (a fim de não se tomar como irrepetível algo que, na verdade, seria caracterizado pela antecipação).

<sup>43</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 328-330.

<sup>44</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 329.

<sup>45</sup> BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova*.

<sup>46</sup> BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova*, p. 315-316.

Sublinhe-se, por fim, que os contornos ora sugeridos sobre os requisitos gerais do incidente probatório não eliminariam a necessidade de se estabelecer um rol taxativo de situações nas quais o incidente se justificaria a fim de se evitar uma banalização na antecipação da produção da prova. É dizer, a previsão de um rol taxativo (e restrito) de hipóteses evitaria uma deturpação da fase de investigação, para que, com a antecipação do contraditório, não perdesse a dinâmica necessária para as atividades de investigação e não se assemelhasse com a (ou mesmo se transformasse na) fase de instrução, isto é, a ação penal.

### 5.2.2 Contraditório específico sobre a legalidade das provas que instruem a denúncia antes da análise de admissibilidade da acusação

Mesmo que se estabelecesse o instituto do incidente probatório, ainda assim restaria uma lacuna no tema da produção de provas sem contraditório na investigação: os meios de obtenção de prova que, por sua natureza, devem ser produzidos de maneira sigilosa, pois dependentes do fator surpresa. Essa é a característica, por exemplo, da interceptação telefônica, da busca e apreensão, da captação ambiental e da infiltração de agentes: tais meios de obtenção de prova não poderiam se submeter ao incidente probatório, sob risco de, por óbvio, perderem a sua própria eficácia.

Assim, como medida *diferida* para controle da legalidade dessas provas ainda antes da fase instrutória, poder-se-ia pensar no estabelecimento de um momento para um contraditório específico entre as partes (isto é, entre acusação e defesa) sobre tal questão. Especificamente, a ideia seria prever de maneira expressa no CPP a possibilidade da defesa, ao oferecer a resposta à acusação, manifestar-se sobre a legalidade não só das provas produzidas sem contraditório (isto é, fora do incidente probatório), mas também de todas as que instruírem a denúncia. Assim, em seguida, seria aberta vista dos autos ao Ministério Público para que se manifestasse apenas sobre esse ponto (e não sobre todas as matérias arguidas na defesa), de maneira a se formar o contraditório específico sobre a legalidade das provas.

A decisão judicial que se seguiria sobre essa questão teria o condão de sanear eventuais ilegalidades, evitando a contaminação da ação penal e, como matéria preliminar à análise de admissibilidade da acusação, poderia, inclusive, levar à sua rejeição. Desse modo, otimizar-se-ia a discussão sobre a legalidade das provas na medida em que poderia ter repercussão direta na (in)admissibilidade da denúncia, levando à sua rejeição por falta de justa causa.

## 6 Considerações finais

Ainda que na fase de investigação não incida o contraditório (em razão, inclusive, de sua própria dinâmica na reconstrução dos fatos), é possível pensar em situações específicas e excepcionais em que ele poderia ser antecipado para a produção de provas *antecipadas e/ou irrepetíveis*. Isso se justifica pela importância da investigação criminal na coleta de informações que, muitas vezes, podem pautar o rumo de eventual ação penal. É dizer: em face da importância da produção de determinadas provas ainda durante a fase de investigação, justifica-se a antecipação do contraditório a fim de possibilitar que a defesa dela participe.

O ordenamento processual brasileiro vigente contém incipientes disposições a respeito dessa *antecipação probatória*, que carecem de maior regulamentação, não só para se estabelecer um procedimento adequado para tanto, mas também para se elencar um rol taxativo de hipóteses (a fim de se evitar uma banalização da antecipação probatória e, assim, evitar que a fase de investigação se transforme numa fase instrutória de ação penal).

Nesse contexto, tentou-se indicar critérios para a melhor interpretação do art. 156, I, do CPP (inclusive pela aplicação analógica dos arts. 381 a 383 do CPC), destacando-se a importância dos conceitos de *antecipação e/ou irrepetibilidade* da prova, atrelada à sua *pertinência e relevância*.

Com base nesses mesmos critérios, mostraram-se as linhas gerais do instituto do *incidente probatório*, previsto na legislação italiana justamente para a produção da prova *antecipada ou irrepetível* em contraditório antes da ação penal. Ainda, sugeriu-se a previsão legal expressa de um contraditório específico, no momento da resposta à acusação, para a discussão das provas produzidas na fase investigativa.

O tema, como visto, é amplo e complexo. Apesar disso, contudo, parece-nos que a doutrina não tem estudado o assunto de maneira aprofundada – ao contrário, por exemplo, do que se vê no cenário italiano. Por isso, é fundamental não apenas (re)pensar os conceitos de prova *antecipada, irrepetível e cautelar* (apesar das objeções aqui feitas a esse último termo), mas também pensar em possíveis soluções, seja para melhor interpretação e delimitação dos (poucos) dispositivos vigentes no processo penal brasileiro relacionados à questão, seja para possíveis soluções *de lege ferenda* – dentre elas, o *incidente probatório*.

---

### **Precautionary, anticipated and unrepeatable evidence and the adversarial adjudication in the criminal investigation**

**Abstract:** The aim of this work is to analyze the incidence of the adversarial adjudication in the production of precautionary, anticipated and unrepeatable evidence, mainly in the criminal investigation phase (pre-trial), in which the adversarial adjudication does not apply. For this purpose, it will be exposed the

adversarial system of legal process, as well as the importance of the adversarial adjudication in the production of evidence. Therefore, it will be analyzed the production of precautionary, anticipated and unrepeatable evidence as established in article 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code. In this context, it will be possible to analyze the production of precautionary, anticipated and unrepeatable evidence with the adversarial adjudication – and also to indicate possible solutions *de lege lata* and *de lege ferenda*.

**Keywords:** Criminal proceeding. Criminal investigation. Proof. Adversarial adjudication. Precautionary, anticipated and unrepeatable proof.

## Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.
- ANGELETTI, Rizziero. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América: ¿Un camino de ida y vuelta?*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righy 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. 289-319.
- BIONDI, Giuseppe. *L'incidente probatorio nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CONTI, Carlota; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2014.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 246-297.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente C. La anticipación y aseguramiento de la prueba penal. In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coord.). *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 183-231.
- ILLUMINATTI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 135-160.
- LA ROCCA, Elvira Nadia. La prova delegata. In: GAITO, Alfredo. *La prova penale: le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*. v. 2. Torino: Utet Giuridica, 2008. p. 209-239.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, Mariângela Tomé. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189-235.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v. 16, n. 72, maio/jun. 2008, p. 186-205.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SOUZA, José Barcelos de. Dificuldades na prática do direito: produção antecipada de prova e prova ad perpetuam memoriam, com a reforma processual penal de 2008. In: SOUZA, Alexander Araujo de; GOMES, Décio Alonso (Coord.). *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 257-277.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlota. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2014.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1995.

UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 331-340.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Prova cautelar, antecipada e irrepetível e o contraditório na investigação criminal. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 115-143, jul./dez. 2018.

---

# Revista Fórum de CIÊNCIAS CRIMINAIS RFCC

## DOCTRINA NACIONAL

Crimes violentos e suas relações com transtornos da personalidade: implicações jurídico-penais

**Anna Cecília Santos Chaves**

Prisão em flagrante delito à luz do devido processo legal

**Rafael Francisco Marcondes de Moraes**

Consenso: uma proposta para o processo penal brasileiro

**Ricardo D. Guinalz**

Prova cautelar, antecipada e irrepetível e o contraditório na investigação criminal

**Fernando Gardinali Caetano Dias**

Afinal, o que é *hearsay*?

**Daniel Paulo Fontana Bragagnollo**

Doutrina do “não prazo” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise dos critérios utilizados para aferição da razoabilidade da duração da prisão cautelar

**Daiana Santos Ryu**

## DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES

Acusação coletiva: um diálogo entre o processo penal e o processo coletivo (estudo sistemático do art. 80 do Código de Defesa do Consumidor)

**Thadeu Augimeri de Goes Lima**

ISSN 2319-0795



9 772319 079008

**f Fórum**

CONHECIMENTO JURÍDICO

[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar  
Savassi - Belo Horizonte - MG  
CEP 30130-012 - Tel.: 0800 704 3737  
[editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)



Acesse nossa livraria virtual  
[www.editoraforum.com.br/loja](http://www.editoraforum.com.br/loja)