

ANTONIO MAGALHÃES
GOMES FILHO

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIIS

2.^a edição
revista e atualizada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIIS™

Diretora Responsável
GISELLE TAPAI

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Danielle Oliveira, Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho, Henderson First e Ivê A. M. Loureiro Gomes

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Camila Amadi Bonfim Rosa, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Georgia Renata Dias, Ivo Shigueru Tomita e Luara Coentro dos Santos

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Assistente Documental: Samanta Fernandes Silva

Capa: Adriana Martins

Coordenação Administrativa
RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistente: Karla Capelas

Editoração Eletrônica

Coordenação
ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

ANTONIO MAGALHÃES
GOMES FILHO

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES PENAIIS

2.^a edição
revista e atualizada

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

Gomes Filho, Antonio Magalhães

A motivação das decisões penais / Antonio Magalhães Gomes Filho. – 2. ed rev. e atual.
– São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ISBN 978-85-203-4919-9

1. Direito penal 2. Julgamentos 3. Motivação (Direito processual) 4. Processo penal I.
Título.

13-08338

CDU-343.15

Índices para catálogo sistemático: 1. Decisões penais : Motivação : Direito processual penal 343.15
2. Motivação : Decisões penais : Direito processual penal 343.15

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo N° 124

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIIS™

CAPÍTULO I

PROCESSO E GARANTIAS

SUMÁRIO: 1. Estado de direito e garantias – 2. O processo como garantia do correto exercício do poder – 3. O processo como garantia de direitos individuais – 4. Processo e garantias processuais – 5. A correlação entre as diversas garantias processuais – 6. As garantias na perspectiva da jurisdição e das partes – 7. Garantias processuais: o juiz independente e imparcial – 8. Segue: o juiz natural – 9. Segue: o contraditório e seus fundamentos – 10. Segue: o conteúdo da garantia do contraditório – 11. Segue: “paridade de armas” e amplitude de defesa no processo penal – 12. Segue: o duplo grau de jurisdição – 13. Segue: a publicidade processual e a motivação das decisões.

1. Estado de direito e garantias

Nascida sob o influxo da forte reação contra os regimes absolutos, em que o poder político se exercia de forma despótica e arbitrária, a moderna concepção de *Estado de direito* traduz, basicamente, uma ideologia de *limitação desse poder*.

É esse, com efeito, o objetivo que permeia as denominadas *dimensões fundamentais* daquele modelo de organização estatal: legalidade (em sentido amplo), separação de poderes e proteção dos direitos fundamentais.

O *Estado de direito* é, assim e antes de tudo, o governo das leis ou, mais propriamente, um sistema em que as estruturas do poder político estão definidas segundo a *medida do direito*,¹ especialmente por meio de uma lei fundamental.

Na sua segunda dimensão, é um sistema em que o poder estatal é fragmentado entre órgãos diversos, pois é justamente essa *divisão de poderes* que circunscreve as respectivas atribuições e permite um controle recíproco entre eles, evitando distorções e abusos.

Finalmente, o *Estado de direito* pressupõe um modelo de organização social em que certos direitos dos cidadãos, tidos como indispensáveis à própria existência e ao desenvolvimento da personalidade humana, representam verdadeiras *fronteiras* que não podem ser ultrapassadas no desempenho das funções estatais.

Desse mesmo objetivo de *limitação* do poder decorre, por sua vez, a noção de *garantia*, que acompanha todas essas *dimensões fundamentais*: as *garantias*, num

1. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 358.

primeiro e mais abrangente sentido, constituem as *barreiras de proteção*, as *defesas* contra a utilização arbitrária do poder.²

Assim, no *Estado de direito* a mais saliente *garantia* contra o poder é a *legalidade*: a estrita observância da lei limita claramente a atuação dos poderes Executivo e Judiciário e também, em certa medida, do próprio Legislativo, que não pode editar leis que estejam em desacordo com o texto fundamental; sob outro aspecto, a *legalidade* representa uma baliza intransponível nas relações entre o poder político e o indivíduo, pois somente a lei pode proibir condutas.

É igualmente possível afirmar que a *separação de poderes* constitui uma *garantia* que produz os seus efeitos em relação ao poder político no seu conjunto. Trata-se, nesse caso, de estabelecer barreiras ao exercício do poder de cada um dos órgãos que são titulares das diversas funções estatais, em relação aos outros; nesse sentido, há garantias específicas contra o Executivo, outras contra o Legislativo, algumas também contra o Judiciário.³

Mas, na sua aceção mais valiosa e difundida, *garantia* indica a *sustentação*, a *proteção*, a *tutela* das posições do indivíduo na sociedade política, as chamadas *liberdades individuais*;⁴ sugere, assim, a existência de mecanismos presentes no ordenamento cujo objetivo é tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder estatal e também dos outros cidadãos.⁵

Dentre tais mecanismos pode ser lembrada, como exemplo, a limitação da competência de certos órgãos com autoridade delegada em relação a uma futura e eventual restrição daquelas liberdades; estabelece-se então uma espécie de “terreno proibido” no qual o legislador ordinário (e até o poder constituinte derivado) não pode penetrar;⁶ ou ainda, com igual objetivo, criam-se obrigações especiais para

outros cidadãos e, principalmente, para certos órgãos estatais de atuar positivamente para a preservação de tais direitos;⁷ cuida-se, enfim, de reduzir ao máximo a distância estrutural entre normatividade e efetividade, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais.⁸

Neste último significado, caracterizam-se as *garantias*, acima de tudo, como regras indispensáveis à convivência civil que se sobrepõem inclusive ao consenso da maioria democrática. Como observa Ferrajoli, ressaltando que historicamente o núcleo essencial das primeiras cartas fundamentais, a começar pela Magna Charta inglesa, era formado por regras sobre os limites do poder do soberano e não sobre a sua fonte ou forma de exercício, nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um cidadão.⁹ Em outras palavras, conclui Tarello que as posições dos indivíduos são garantidas não pelo fato de que o poder se exercita obtendo consenso, mas porque há limites intransponíveis, mesmo quando há consenso.¹⁰

2. O processo como garantia do correto exercício do poder

Apesar dos contornos nem sempre suficientemente nítidos das mencionadas *garantias*, até porque, como se verá, há entre todas elas uma complementaridade recíproca, o moderno constitucionalismo faz uma distinção entre as *garantias gerais* (ou *políticas*, em sentido amplo), que são as instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, e, assim, visam a impedir o arbítrio,¹¹ e as *garantias especiais*, assim entendidos aqueles mecanismos de proteção aos direitos individuais.

Para o presente estudo, a utilidade dessa distinção é evidente, uma vez que o *processo* tanto pode ser visualizado sob a ótica do exercício do poder como pelo aspecto da tutela dos direitos individuais.

Conquanto aqui interesse determinada forma de *processo* – o jurisdicional e, mais especialmente, o penal –, não se pode perder de vista que esse instrumento

2. Na linguagem comum, a expressão *garantia* não constitui seguramente um termo unívoco, podendo assumir o significado de *segurança*, *suporte*, *salvaguarda*, *proteção*, *tutela*, *defesa*, *fiança*, *aval* etc. Transposta ao léxico da política, não diminui a pluralidade de conotações, embora também aqui as ideias que traduz estejam sempre ligadas à proteção de certas posições em face do poder (Giovanni Tarello, *Due volti del garantismo: difesa delle libertà e conservazione degli assetti economici*, *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporânea*, Castiglione (org.), Bologna, Il Mulino, 1989, p. 345-346).

3. Riccardo Guastini, *Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria della interpretazione*, *Analisi e diritto 1990: ricerche di giurisprudenza analitica*, Comanducci e Guastini (org.), Torino, Giappichelli, 1990, p. 102-103.

4. Giovanni Tarello, *Due volti...*, cit., p. 345-346.

5. Mario A. Cattaneo, *Garantismo*, *Lessico della politica*, Zaccaria (org.), Roma, Lavoro, 1987, p. 261.

6. Ricardo A. Guibourg e Daniel Mendoca, *Permissão, garantias e libertà*, *Analisi e diritto 1995: ricerche di giurisprudenza analitica*, Comanducci e Guastini (org.), Torino, Giappichelli, 1995, p. 297.

7. É o que sucede, na situação lembrada por Guibourg e Mendoca, com a incriminação da omissão de socorro em relação ao direito à vida; nesse caso, o ordenamento não se limita a proibir o homicídio, mas também exige dos demais indivíduos uma atuação positiva na preservação daquele direito fundamental (*Permissão...*, cit., p. 295).

8. Luigi Ferrajoli, *El derecho como sistema de garantías*, in *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

9. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 3. ed., Roma, Laterza, 1996, p. 899-900.

10. Giovanni Tarello, *Potere e consenso*, *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Castiglione (org.), Bologna, Il Mulino, 1989, p. 344.

11. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 16. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 413.

transcende ao direito processual (*rectius*, direito processual judiciário), estando presente não apenas nas outras órbitas da atuação estatal, como a legislativa e a administrativa,¹² mas até mesmo em atividades que se desenvolvem fora dos organismos públicos.¹³

Em todos esses domínios, não é possível desconhecer que a função básica do processo é impor uma disciplina que constitui a principal garantia para o correto exercício do poder.¹⁴

Observada em sua estrutura mais simples, como sequência de atividades que antecedem e servem à preparação de um provimento final (*procedimento*), a dinâmica processual assegura uma *metodologia* para o exercício do poder, por meio da qual não somente se ampliam as hipóteses de solução dos problemas concretos, mas sobretudo se criam condições para alcançar uma solução apoiada numa *verdade* apta a ser compartilhada pela sociedade.¹⁵

Isso sucede claramente no *processo legislativo*, pois, no seu conjunto, as regras constitucionais e regimentais que disciplinam a iniciativa, a discussão e a votação das leis no Estado democrático asseguram, em última análise, um tipo de racionalidade que, exatamente por decorrer do encontro e do desencontro das opiniões dos representantes eleitos pelo povo, ou seja, do “jogo democrático”, adquire legitimidade social.¹⁶

É essa mesma legitimidade que também se busca no *processo administrativo*, já que, ao submeter a sua atuação administrativa a certos parâmetros, e especialmente conferindo aos administrados posições que devem ser respeitadas na relação proces-

sual, o Estado de direito não só reduz a possibilidade de arbítrio dos governantes, evitando ou dificultando que motivos subjetivos informem a tomada de decisões,¹⁷ mas igualmente obtém a adesão social em relação a seus atos.

Tais objetivos não são diversos no *processo jurisdicional*: não seria adequada aos fins de pacificação social, com efeito, uma decisão adotada autoritariamente ou que fosse decorrência de uma escolha realizada sem levar em conta o conjunto de atividades de prova e de argumentação realizado pelos interessados no litígio. Somente pela obediência às regras de um procedimento válido e justo é possível tornar efetiva essa participação e chegar a uma decisão igualmente *justa* e apta, portanto, a realizar os escopos políticos e sociais da função jurisdicional.¹⁸

3. O processo como garantia de direitos individuais

A relevância dessa função de *garantia* representada pelo mecanismo processual fica ainda mais evidente quando se observam seus desdobramentos no plano da tutela dos direitos individuais.

Não é exagerado afirmar, como fazem Vescovi e Vaz Ferreira, que o processo constitui a primeira e mais fundamental garantia do indivíduo, pois é por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição.¹⁹

E revela-se ainda mais completa essa proteção ao se visualizar o *processo* como um “procedimento no qual participam (ou estão habilitados a participar) os sujeitos em cuja esfera jurídica o ato final deverá produzir os seus efeitos, e de modo que o autor desse mesmo ato não possa ignorar as suas atividades”.²⁰ Nessa perspectiva, o esquema processual não representa apenas um meio de acesso à proteção judicial dos direitos, mas se converte em instrumento de *participação* do indivíduo nas próprias decisões dos órgãos do poder que possam afetá-lo.

Tal participação – que será mais detidamente analisada quando se tratar do *contraditório* – constitui seguramente o mais eficiente antídoto contra as possíveis intromissões arbitrárias naquele *terreno proibido* em que nem mesmo o legislador ou o consenso da maioria democrática pode penetrar para impor indevidas restrições.

12. Por todos, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, p. 280.

13. Nesse sentido, as argutas observações de Elio Fazzalari sobre o emprego dos esquemas processuais para a resolução de controvérsias no âmbito de partidos políticos, sindicatos, associações esportivas etc. (*Istituzioni di diritto processuali*, 7. ed., Padova, Cedam, 1994, p. 12).

14. Feliciano Benvenuti, Funzioni amministrativa, procedimento, processo, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2:136, 1952; Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, tese de titular, São Paulo, 1993, p. 60.

15. Para Luhmann, “aquilo que a verdade realiza no convívio social é a transmissão de reduzida complexidade. Para toda a gente o mundo é excessivamente complexo, cheio de possibilidades imprevisíveis e, como tal, desconcertante. Cada indivíduo precisa, portanto, duma orientação significativa e duma direção de vida para poder adotar obras de seleção de outros, quer dizer, que possa tratar o sentido que os outros escolheram, como tal e não como se fosse diferente” (Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, trad. Maria da Conceição Corte-Real, Brasília, UnB, 1980, p. 25).

16. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 531; Elio Fazzalari, *Istituzioni...*, cit., p. 613-618.

17. Odete Medauar, *A processualidade...*, cit., p. 86-91.

18. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 150-155.

19. Enrique Vescovi e Eduardo Vaz Pereira, Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Cappelletti e Talion (org.), Milano, Giuffrè, 1973, p. 106-107.

20. Elio Fazzalari, *Istituzioni...*, cit., p. 23.

No campo da repressão penal, a compreensão do processo e de seus mecanismos como barreiras de defesa do indivíduo diante do poder remonta à antiguidade clássica, podendo ser reconhecida, já no antigo direito grego, no instituto da *epheisis*, que permitia ao cidadão recorrer ao tribunal dos heliastas contra as decisões dos magistrados,²¹ defendendo assim as suas liberdades.

Essa conotação garantidora também se encontrava presente no direito romano da fase republicana, com a possibilidade da *provocatio ad populum*, que não somente conferia ao acusado um recurso à assembleia popular, mas, mais amplamente, assegurava-lhe a submissão a um processo regular, subtraindo-o do mero arbítrio do magistrado.²²

No direito moderno, para os ordenamentos da *common law*, a proteção do indivíduo pelo processo teve o seu marco histórico fixado na proclamação do art. 39 da Magna Carta (1215), que assegurava o *legal judgement* como limite intransponível na relação entre o monarca e seus súditos. E, lentamente elaborada e aperfeiçoada, essa garantia foi a final consolidada na fórmula *due process of law* da Emenda V à Constituição americana (1791), já então como direito inalienável do indivíduo em face do poder da própria maioria democrática.

Na tradição jurídica da Europa continental, essa percepção marcou a elaboração iluminista, encontrando sua expressão maior na obra de Beccaria, para quem “un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, nè la società può toglierli la pubblica protezione se non quando sia deciso ch’egli abbia violati i patti, co’ quali gli fu accordata”.²³ Não se pode esquecer, aliás, que a exigência de uma *sentença* vem associada, no clássico opúsculo *Dei delitti e delle pene*, a outros postulados de um processo justo, como a imparcialidade do juiz, a regularidade dos procedimentos, a publicidade dos julgamentos, a proscrição da tortura etc.²⁴

Sob tais influências, o reconhecimento completo e definitivo do valor do processo como requisito prévio à imposição de qualquer medida repressiva e, portanto, como verdadeiro *limite* ao poder punitivo do Estado teve sua mais significativa proclamação no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que incluiu a *presunção de inocência* do acusado dentre os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. Com isso, não só se constatava a função de proteção

do indivíduo confiada à justiça penal, mas, ao mesmo tempo, estabeleciam-se as bases para a construção de um modelo processual idôneo a tornar efetiva aquela função garantista.²⁵

4. Processo e garantias processuais

A afirmação dessa dupla dimensão *garantista* inerente ao processo – tanto sob o aspecto político como pela ótica individual – traz como desdobramento natural a constatação de que a proteção que ele representa seria inócua e ineficaz se a própria estrutura processual não fosse concebida de forma a atingir aqueles mesmos objetivos de correção no exercício do poder estatal e de defesa do indivíduo no confronto com o poder punitivo estatal.

Na verdade, só pode legitimar a intervenção estatal – seja para solucionar um conflito de natureza civil, seja especialmente quando se trata de impor uma sanção punitiva – um *modelo* de processo estruturado de forma a assegurar a preservação de determinados *valores* compartilhados pelo grupo social.

Referidos valores, embora em alguns casos estejam mais diretamente relacionados à própria atividade processual (*endoprocessuais*), expressam quase sempre exigências mais gerais, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade etc.,²⁶ que não podem ser desprezadas no âmbito da atividade judicial de aplicação do direito.

Daí ser impossível desvincular da própria ideia de *processo* a presença de exigências mínimas que constituem, por sua vez, *garantias* de um desenvolvimento processual que não seja mera encenação ou pura formalidade.²⁷

A conscientização sobre a importância das *garantias processuais*, como expressão desses valores fundamentais de civilidade que devem informar as atividades de aplicação jurisdicional do direito, representa talvez o traço mais saliente da cultura

25. Sobre o impacto da Declaração de 1789 no direito e no processo penal, especialmente Mireille Delmas-Marty, Justice pénale e droits de l’homme, *Les droits de l’homme: universalité et renouveau 1789-1989*, Braibant e Marcou (org.), Paris, 1990, p. 341-346; Amar Bentoumi, Droits de la défense et droits de l’homme, *Les droits de l’homme: universalité et renouveau 1789-1989*, Braibant e Marcou (org.), Paris, 1990, p. 347-357.

26. Michele Taruffo, Ragione e processo: ipotesi su una correlazione, *Ragion Pratica* 1(1):55, 1993.

27. Mario Chiavario, *Problemi attuali della libertà personale: tra “emergenze” e “quotidiano” della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 3-4. Como ressalta Bertolino, o Estado deve reconhecer ao governado um *processo penal* institucionalmente estabelecido; isto constitui um *prius* (o “quê” se deve), ao qual se perfilará o *posterius* (o “como” devida regular-se esse processo); a conjugação desses dois elementos constitui a noção de “devido processo” (Pedro J. Bertolino, *El debido proceso penal*, La Plata, Platense, 1986,

21. Sobre a *epheisis* e seu conteúdo garantístico, especialmente Luisa Lepri, “Ephesis”, *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1960, v. 6, p. 603-604; Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 3-6.

22. Giovanni Pugliese, Le garanzie dell’imputato nella storia del processo penale romano, *Temi Romana*, 18(10-12):608, 1969.

23. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino, UTET, 1911, p. 45.

24. Mario Pisani, Beccaria e il processo penale, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè,

processual contemporânea, chegando-se mesmo a afirmar a fecunda e expressiva ideia de um *jusnaturalismo processual*.²⁸

Não se trata, porém, de simples orientação filosófica, visto que essa conscientização tem sido acompanhada pela progressiva *positivação* e, mais precisamente, pela *constitucionalização* do direito ao processo, com a correspondente explicitação, cada vez mais completa e analítica, das garantias do processo nos textos constitucionais.²⁹

Ao lado disso, registra-se a tendência à sua *universalização*, com o reconhecimento dos valores do *processo justo* nas cartas internacionais de direitos, cujas prescrições têm, pelo menos potencialmente, a aptidão de se impor a todos os povos e governos.³⁰

Não é só: a ênfase dada aos direitos sociais nas últimas décadas também tem propiciado um interesse sempre crescente pelo tema da *efetividade* da tutela jurisdicional e das garantias processuais, não apenas no sentido da observância concreta das previsões normativas, mas em especial pela criação de instrumentos e condições materiais para que tal obediência seja possível na prática. Trata-se aqui da transição, referida por Denti,³¹ de uma perspectiva meramente garantista (ou garantista-formal), típica do Estado liberal, a outra mais abrangente, de índole substancial, que leve em conta a emergência dos direitos sociais. Não basta, por certo, assegurar o acesso à justiça, as garantias de defesa, o duplo grau de jurisdição etc. se os custos materiais disso tornam inexecutável a sua utilização pela maior parte da população, não só no âmbito das controvérsias civis, mas principalmente no campo da repressão penal, em que a quase totalidade dos acusados se situa na marginalidade social e econômica.

5. A correlação entre as diversas garantias processuais

Sob diverso ângulo de observação – não menos importante – cumpre ressaltar outro aspecto distintivo da proteção de tais *valores* nos textos constitucionais e internacionais: trata-se do enfoque de conjunto que proporciona, possibilitando falar então em um *modelo* ou *sistema* de garantias processuais, pois, como observou Comoglio, o direito fundamental ao processo justo não se cristaliza, nem se exaure, em garantias particulares, mas, ao contrário, está fundamentado na coordenação de várias garantias concorrentes.³²

Essa característica, que pode ser notada sobretudo em relação aos textos internacionais, nos quais os enunciados concentrados e sintéticos permitem extrair parâmetros de interpretação sistemática dos conceitos mais significativos,³³ também é entrevista em cartas constitucionais como a nossa, de 1988, na qual a preocupação com a enumeração das garantias processuais, embora de um lado possa ser criticável, em alguns casos até pela redundância, de outro propicia uma compreensão enriquecedora da relação existente entre os diversos valores envolvidos.

É que, acima de tudo, as garantias em questão não apenas se somam ou justapõem, mas se articulam em relações mais complexas;³⁴ na verdade, há entre elas uma interpenetração recíproca, de tal modo que umas conferem efetividade às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema *circular*³⁵ apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo.

A isso tudo deve acrescentar-se ainda que no campo penal tal interpenetração não se esgota no terreno próprio das garantias processuais, mas também diz respeito ao conjunto de garantias de caráter material. O tratamento do *sistema criminal* como um todo unitário, já postulado na obra fundamental de Beccaria³⁶ e que serve, sobretudo, para evidenciar-lhe as disfunções, permite igualmente vislumbrar a simetria entre as garantias penais e processuais penais.

Essa incindível unidade foi bem observada por Ferrajoli: se, por um lado, as garantias penais só se tornam realmente efetivas quando asseguradas por um julgamento imparcial no qual a apuração da verdade se faça com a participação e controle dos interessados, sob outro prisma de observação são as garantias de caráter penal igualmente necessárias para prevenir decisões arbitrárias, estabelecendo os limites da repressão.³⁷

32. Luigi Paolo Comoglio, I modelli..., cit., p. 315.

33. Idem, p. 315-316.

34. Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 1982, v. 1, p. 35.

35. Alfredo Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, Jovene, 1990, p. 105.

36. Mario Pisani, Beccaria..., cit., p. 10.

37. Luigi Ferrajoli, *Diritto*, cit. p. 546.

28. Por todos, Vittorio Denti, Valori costituzionali e cultura processuale, *Rivista di Diritto Processuale* 39(3):443-64, 1984; Elio Fazzalari, Valori permanenti del processo, *Rivista di Diritto Processuale* 44(1): 1-11, 1989; Luigi Paolo Comoglio, I modelli di garanzia costituzionali del processo, *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, Cedam, 1994, v. 1, p. 308.

29. Sobre esse ponto, especialmente Comoglio, I modelli..., cit., p. 315; como exemplo de constituições promulgadas mais recentemente, em que a enumeração das garantias processuais é bastante extensa, podem ser lembradas a portuguesa, de 1976 (arts. 20.º, 31.º e 32.º), a espanhola, de 1978 (art. 24), e a brasileira, de 1988 (art. 5.º, LIII, LIV, LV, LVI, LVII etc.).

30. Merecem referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (1948), cujos postulados foram posteriormente mais desenvolvidos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), bem como tratados regionais, como a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem (Roma, 1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969).

31. Vittorio Denti, Valori..., cit. p. 448.

6. As garantias na perspectiva da jurisdição e das partes

Mesmo sem desconsiderar a referida *unidade sistemática* das garantias processuais e, mais do que isso, a importância da referida “circularidade”, é possível – e aqui metodologicamente necessário – tratá-las em separado.

Para essa tarefa, uma primeira distinção deve ser feita entre as garantias que dizem respeito precipuamente à atuação jurisdicional, tutelando um interesse social, e aquelas que se relacionam, de forma mais direta, à tutela do indivíduo por meio do processo; contudo, sem desprezar o fato de que em algumas delas (como é o caso do *duplo grau*, como se verá) o interesse protegido é, ao mesmo tempo, social e individual.³⁸

Isso não significa ignorar o fato de que todas e cada uma das garantias representam, a um só tempo, instrumentos de proteção dos destinatários do provimento e da própria jurisdição.³⁹ Assim, por exemplo, não se pode negar que a participação por intermédio do *contraditório*, que numa ótica individual assegura às partes o direito de realizar atividades tendentes a convencer o juiz, constitua, concomitantemente, garantia de um mais correto pronunciamento estatal.

Feita a ressalva, e atendendo à conveniência metodológica, é possível apontar inicialmente como *garantias conceituais* do processo – até porque na sua ausência não se poderia sequer falar em *processo* – a do *juiz* (numa visão mais publicista, relacionada ao órgão julgador) e a do *contraditório* (levando-se em conta a perspectiva dos interessados no provimento).⁴⁰

Dessas exigências básicas decorrem outras que as completam e lhes asseguram a eficácia: assim, à garantia do juiz ligam-se a *imparcialidade*, a *independência*, o *juiz natural* e, em certa medida, o *duplo grau de jurisdição*; da garantia do *contraditório* resultam a *igualdade processual*, a *defesa*, nas suas vertentes *autodefesa* e *defesa técnica*, o *direito à prova*, o *direito à presunção de inocência* (no sentido de regra da decisão), o próprio *duplo grau*, e assim por diante.

Além dessas, outras ainda podem ser consideradas *garantias das garantias*, na medida em que cumprem uma função muito especial, que é possibilitar o controle da efetividade das garantias já mencionadas; são, no dizer de Ferrajoli, *garantias de segundo grau*, qualidade que o mesmo autor identifica na *publicidade*, na *oralidade*, nas *formalidades do processo* e, finalmente, na *motivação das decisões*.⁴¹

7. Garantias processuais: o juiz independente e imparcial

A primeira e mais essencial garantia do processo, que se revela sobretudo na perspectiva da jurisdição, é a existência do juiz (*rectius*, órgão jurisdicional). Como observou Chiavario, para que haja possibilidade de um *justo processo*, devem existir sujeitos investidos pela coletividade da função de dirimir controvérsias civis e decidir sobre acusações criminais com base no direito (*ius dicere*).⁴² Num Estado de direito, tal investidura não pode ser feita de qualquer forma, pois, tratando-se de uma das manifestações da soberania estatal, somente a Constituição pode instituir juízes e tribunais, atribuindo-lhes o poder de julgar.⁴³

Não é possível aludir à garantia do *juiz* sem destacar, desde logo, dois atributos que lhe são de tal forma relacionados que sem eles o próprio conceito de *juiz* perderia seu significado: a *independência* e a *imparcialidade*, requisitos sem os quais a função judicial seria mera ficção. Daí a constante referência, especialmente nos textos internacionais, à garantia do *juiz independente e imparcial*.⁴⁴

Embora sejam atributos da função jurisdicional axiologicamente relacionados e que se implicam reciprocamente – constituindo instrumentos para a realização do valor *objetividade* do julgamento –,⁴⁵ as ideias de *independência* e *imparcialidade* não se confundem, revelando elementos distintos inerentes à concepção de *juiz*.

A *independência* tem a ver com a posição do juiz dentro do quadro dos órgãos estatais, significando essencialmente que o exercício da função jurisdicional não se subordina a determinações ou orientações provenientes de outros poderes (*independência externa*) ou mesmo de outros órgãos do próprio Judiciário, ainda

38. Jersy Wróblewski, Elementi di un modello processuale di applicazione giudiziale del diritto, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 41(2):483, 1987.

39. Ada Pellegrini Grinover, Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 1-2; Vittorio Denti, La difesa come diritto e come garanzia, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Grevi (org.), Bologna, Zanichelli, 1977, p. 48.

40. Esses são, com efeito, os princípios básicos da *natural justice* reconhecidos como sinônimos de *justo processo* pela jurisprudência da *common law* (especialmente Franco Ghelarducci, Il principio di “natural justice” nella giurisprudenza inglese, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Pizzorusso e Varano (org.), Milano, Giuffrè, 1985, t. II, p. 935-936).

41. Luigi Ferrajoli, *Diritto...*, cit., p. 632-641.

42. Mario Chiavario, *Processo...*, cit., v. 1, p. 37.

43. Para Frederico Marques, esse é o primeiro sentido que se deve emprestar à expressão *juiz natural* no direito brasileiro, ressaltando que o § 4.º do art. 153 da Constituição de 1969 (hoje reproduzido pelo art. 5.º, XXXV, do texto de 1988) deu à regra um alcance bem maior que em outras legislações; assim, “somente se considera juiz natural ou autoridade competente o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais” (*Juiz natural*, *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo, Saraiva, v. 46, p. 447).

44. Luigi Paolo Comoglio, *I modelli...*, cit., p. 317.

45. Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 40.

que *superiores* (independência interna).⁴⁶ É essa *autonomia*, enfim, que permite ao juiz exercer as suas funções sem temer sanções, sujeitando-se somente à lei e decidindo segundo as próprias convicções pessoais, ainda que em oposição aos desejos dos detentores do poder político.⁴⁷

Cuida-se, assim, na linha do que já se afirmou,⁴⁸ de uma *garantia geral ou política* que se insere entre os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos, até porque sem ela o Judiciário no seu conjunto, ou o juiz em particular, cumpriria um papel simplesmente decorativo e não o de verdadeiro *poder* do Estado.

A *imparcialidade* constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *super partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima portanto dos interesses em conflito.⁴⁹

Tanto a *independência* como a *imparcialidade* são asseguradas também por outras garantias estabelecidas na Constituição e nas leis processuais ordinárias: assim, em relação à primeira, devem ser lembradas a *autonomia orgânico-administrativa* e a *autonomia financeira*, que constituem garantias *institucionais* do Judiciário, ao lado das garantias *funcionais* representadas pela *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *irredutibilidade de vencimentos*;⁵⁰ quanto à *imparcialidade*, ao lado das *vedações* constitucionais (art. 95, parágrafo único, da CF), também as disposições legais atinentes aos casos de *impedimento* e *suspeição* dos juízes possuem a mesma finalidade.

8. Segue: o juiz natural

Dentre as mencionadas garantias de *independência* e *imparcialidade* do órgão jurisdicional, merecem especial destaque, para o processo penal, aquelas que tradicionalmente vêm compreendidas pela locução *juiz natural*.

Embora se trate de expressão empregada originalmente pela legislação revolucionária francesa (lei de 24.08.1790), sob evidente inspiração da filosofia jusna-

turalista, a ideia de *juiz natural* possui raízes mais antigas, podendo ser entrevista já na Magna Carta de 1215 e nos documentos mais expressivos do constitucionalismo anglo-americano que lhe seguiram.⁵¹

Em todos esses antecedentes, ressaltava o propósito de subtrair ao monarca o poder de atribuir arbitrariamente a determinado órgão o julgamento de certas causas ou pessoas, assegurando-se assim ao acusado aqueles requisitos de *independência* e *imparcialidade* que, como visto, são essenciais à própria existência do *juiz*.

Nos textos constitucionais e internacionais modernos, tal preocupação tem sido expressa por meio de duas *garantias* distintas: a proibição da instituição de órgãos jurisdicionais *ad hoc*, para julgamento de fatos ocorridos antes de sua criação, e a fixação legal e prévia da competência dos órgãos já existentes.

Com a primeira – entre nós proclamada pela Constituição no art. 5.º, XXXVII, e também constante do texto da Convenção Americana, art. 8.º, n. 1 – proscreeve-se eventual ingerência do Legislativo sobre a atividade judicial independente e imparcial, que seria evidente se admitida a possibilidade de criação, ainda que por lei, de órgão não previsto na época do fato.

A segunda, consagrada pelo nosso texto constitucional no inciso LIII do mesmo artigo, assegura a realização do processo e do julgamento perante a *autoridade competente*, afastando assim a eventualidade de que critérios outros, que não os gerais e previstos – também com anterioridade – na Constituição e nas leis ordinárias, possam ser utilizados para atribuir ou subtrair determinada causa do seu *juiz natural*, com isso também se objetivando criar condições para um julgamento independente e imparcial.

9. Segue: o contraditório e seus fundamentos

Numa visão mais diretamente relacionada à proteção das partes – sem desprezar o seu valor de tutela também para a imparcialidade e correção da decisão –, a mais abrangente garantia processual é a do *contraditório*.

Na verdade, como visto, o *contraditório* representa uma nota do próprio conceito de *processo*, pois, como sublinha Fazzalari, só é digno de ser assim chamado o procedimento regulado de modo a que dele participem, em simétrica paridade, aqueles em cuja esfera jurídica o provimento final produzirá seus efeitos.⁵²

De fato, se na sua acepção lógico-filosófica o *contraditório* é entendido como o *contraste dialético entre posições assertivas opostas, dirigidas a se elidirem*

46. Alberto M. Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 145-146; Luiz Flávio Gomes, *A questão do controle externo do Poder Judiciário*, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 66.

47. Ada Pellegrini Grinover, *A independência do juiz brasileiro, O processo em sua unidade II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 46; Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, Cedam, 1981, p. 104-105.

48. *Supra*, n. 2.

49. Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, 2. ed., Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1996, t. 1, p. 739-743; Elio Fazzalari, *La imparzialità del giudice*, *Rivista di Diritto Processuale* 27(2):193-203, 1972.

50. José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p. 576-578.

51. Sobre os antecedentes dessa garantia, especialmente Ada Pellegrini Grinover, *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia*, *O processo em sua unidade II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 3-14.

52. Elio Fazzalari, *Istituzioni...*, cit., p. 58.

reciprocamente,⁵³ no esquema processual essa contraposição só adquire sentido quando destinada à persuasão de um terceiro imparcial, ainda que não necessariamente inerte ou passivo; assim, embora se desenvolva entre dois polos dialéticos, o contraditório processual implica uma relação triádica,⁵⁴ que constitui afinal a essência da ideia de *processo*.

O contraditório processual expressa, em primeiro lugar, valores *político-ideológicos*, indicando que no Estado democrático as decisões judiciais não somente são pronunciadas *em nome* do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.⁵⁵ Ao mesmo tempo, consagra a ideia de *igualdade* que, especialmente na justiça penal, representa uma *opção de civilidade*,⁵⁶ na medida em que indica o reconhecimento da dignidade do acusado, cuja presença nas atividades de preparação da sentença é tão necessária quanto a do acusador.

Sob uma ótica *sociológica*, não menos relevante, a participação dos interessados no provimento realiza importante função, que é a de *legitimar* a decisão adotada: como adverte Luhmann, é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitar uma solução ainda incerta, e com isso imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.⁵⁷

Possui o contraditório, enfim, um *valor heurístico*, constituindo a mais adequada *metodologia* para a completa apuração dos fatos, bem como para a justa aplicação do direito, pois com o conhecimento das opiniões contrapostas dos litigantes ampliam-se os horizontes da cognição judicial, com a conseqüente diminuição da possibilidade de erro judiciário;⁵⁸ nesse sentido, é possível afirmar, com Carnacini, que, *se o processo serve às partes, por sua vez as partes também servem ao processo*;⁵⁹ trata-se, portanto, de valioso instrumento da técnica processual, por meio do qual as partes *colaboram* no exercício da jurisdição.⁶⁰

Tudo isso explica o relevo dado à garantia pelo texto constitucional de 1988 (art. 5.º, LV), que expressamente estendeu também aos processos civil e administrativo previsão antes restrita ao terreno da jurisdição repressiva, evidenciando com isso a sua natureza fundamental.

10. Segue: o conteúdo da garantia do contraditório

No plano dinâmico e funcional, como sublinha Comoglio, o contraditório não constitui expressão de uma *paridade teórica* inicial, mas de uma garantia articulada de meios e de resultado, enquanto reconhece aos sujeitos interessados uma *participação ativa* no desenvolvimento do processo; assegura, assim, aos litigantes todas as oportunidades e iniciativas aptas a influir no convencimento do juiz.

É justamente esse propósito de influir no provimento final que confere ao contraditório a sua *unidade teleológica* e, ao mesmo tempo, permite concluir que uma decisão só pode ser considerada como proferida em contraditório quando este tiver acompanhado o completo itinerário de sua formação.⁶¹

A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida *participação* é a *informação*, uma vez que sem a *ciência efetiva*⁶² a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento. Daí a grande relevância para o contraditório dos atos de comunicação processual – citação, intimações, notificações –, por meio dos quais se propicia o completo e adequado conhecimento dos vários atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentados pelo adversário, das decisões proferidas etc.; sem eles, a participação seria impraticável ou, no mínimo, deficiente.

Num segundo momento, de participação *ativa* propriamente dita, o contraditório engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades utilizadas pelas partes, que convergem para a obtenção de um resultado favorável por intermédio do processo.⁶³

Dentre elas, destacam-se especialmente as atividades relacionadas à *prova* dos fatos que fundamentam as pretensões das partes, pois são estas que tiveram contacto com os mesmos fatos e estão mais aptas a demonstrá-los ao processo;

53. Luigi Paolo Comoglio, *Contraddittorio, Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, 4. ed., Torino, UTET, 1990, p. 2.

54. Glauco Giostra, *Valori ideali e prospettive metodologiche dei contraddittorio in sede penale, Politica del Diritto* 17(1):14, 1986; no mesmo sentido, Cláudio Faranda, *La “par conditio” nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 2.

55. Cândido R. Dinamarco, *O princípio do contraditório, Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 85.

56. Glauco Giostra, *Valori...*, cit., p. 20-21.

57. Niklas Luhmann, *Legitimação...*, cit., p. 91 e ss.

58. Nilzardo Carneiro Leão, *Princípios do processo penal*, Recife, Imprensa Universitária, 1960, p. 53.

59. Tito Carnacini, *Tutela giurisdizionale e técnica del processo, Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 700.

60. José Carlos Barbosa Moreira, *A garantia do contraditório na atividade de instrução, Temas de direito processual – 3.ª série*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65; Ada Pellegrini Grinover, *Defesa...*, cit., p. 2-3.

61. Glauco Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1988, v. 8, p. 1.

62. Como ensinou Canuto Mendes de Almeida, *contraditório é, em resumo, “ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los”* (J. Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 82).

63. Ada Pellegrini Grinover, *Defesa...*, cit., p. 11.

por isso mesmo, são também as partes que possuem os melhores elementos para contestar e explorar as provas trazidas pelo adversário, possibilitando ao julgador uma visão mais completa (e mais crítica) da realidade.⁶⁴

Não menos importante para o contraditório é a *atividade argumentativa*, que os interessados devem estar em condições de desenvolver não só na conclusão do processo, mas também em relação às decisões adotadas durante todo o *iter* procedimental;⁶⁵ isso vale tanto para as questões de fato, conferindo-se às partes o poder de influenciar o convencimento do julgador acerca da eficácia das provas existentes, como também em relação à *quaestio iuris*, já que nas tarefas de escolha e interpretação da norma aplicável cabe igualmente tomar em consideração as possíveis posições das partes.⁶⁶

11. Segue: “paridade de armas” e amplitude de defesa no processo penal

Essa participação ativa das partes nos atos de preparação do provimento supõe, evidentemente, o respeito ao ideal de *igualdade* que está insito na própria noção de *contraditório*, porque em nada atenderia aos valores político-ideológicos, sociológicos e técnicos mencionados atribuir direitos, faculdades e prerrogativas a apenas um dos interessados ou reparti-los de forma desigual.

Nesse sentido, fala-se em “paridade de armas” para indicar o indispensável *equilíbrio* que deve existir entre as oportunidades concedidas a cada um dos interessados no provimento para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária.⁶⁷

Mas não se pode perder de vista, por outro lado, e como anteriormente se mencionou, que a contraposição dialética representada pelo contraditório somente adquire sentido, no processo, quando destinada à persuasão do órgão de decisão; assim, e particularmente para o processo penal, uma concepção de *paridade de armas* que reflita apenas um princípio geral de igualdade é insatisfatória, pois, mais do que um simples equilíbrio entre as posições atribuídas às partes,

o que interessa ao *processo justo* é a simetria na *idoneidade técnica* dos ofícios da acusação e da defesa.⁶⁸

Isso significa, em primeiro lugar, que a atribuição e o exercício de poderes ao juiz – notadamente no terreno probatório – não impedem a realização do contraditório, mas até o integram e estimulam, suprimindo deficiências e temperando os desequilíbrios naturais entre as partes.⁶⁹

A segunda consequência do desejado equilíbrio entre os dois ofícios no processo penal relaciona-se à tutela diferenciada que deve ser dada ao direito de defesa do acusado no confronto com as prerrogativas conferidas à acusação. Longe de configurar uma violação da *igualdade* entre as partes, o tratamento privilegiado de quem se defende atende não apenas a um princípio geral, que impõe maior consideração à posição daquele que poderá vir a ter sacrificado o seu direito à liberdade,⁷⁰ mas igualmente resulta da constatação histórica de que na generalidade dos casos a acusação criminal recai sobre sujeitos já desfavorecidos no plano social e econômico.

Daí a previsão, tanto nos diversos ordenamentos como nos textos internacionais, de certas vantagens à defesa no processo penal, que não configuram indevida distinção, mas, ao contrário, favorecem um *equilíbrio global* que não desnatura a *paridade de armas* que decorre do contraditório:⁷¹ são prazos mais dilatados, repartição diferenciada do ônus da prova, recursos exclusivos etc., cujo objetivo maior é compensar as desigualdades reais que, trazidas para o processo, poderiam comprometer a própria justiça do provimento final.

Entre nós, a Constituição de 1988, alargando o alcance de garantia processual penal que já vinha prevista desde a primeira carta republicana (1891), no mesmo dispositivo em que trata do contraditório (art. 5.º, LV) assegura *aos acusados em geral a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, ressaltando com isso o tratamento preferencial que deve merecer a posição da defesa não só no âmbito da justiça penal, mas também nos outros tipos de processo em que seja possível a imposição de sanções punitivas.

A essa previsão abrangente somam-se ainda as garantias mais específicas do direito de defesa do acusado contidas nas cartas internacionais que também integram o nosso ordenamento, com a mesma dignidade constitucional, por força do disposto pelo art. 5.º, § 2.º, da CF: assistência por tradutor ou intérprete, comunicação prévia e pormenorizada da acusação, concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa, direito à produção de provas e de participação

64. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 139.

65. Chiavario, *Processo...*, cit., v. 2, p. 158.

66. Renzo Orlandi, L'attività argomentativa delle parti nel dibattito penale, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 41(2):502-3, 1998.

67. Jacques Velu, La convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Cappelletti e Tallon (org.), Milano, Giuffrè, 1973, p. 305; Giuseppe Tarzia, Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile, *Studi Parmensi* 18:253-6, 1977.

68. Claudio Faranda, *La “par conditio”...*, cit., p. 3 e 13-15.

69. Idem, p. 15; Ada Pellegrini Grinover, A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 7(27):73, 1999.

70. Gilberto Lozzi, “Favor rei” e processo penale, Milano, Giuffrè, 1968, p. 1-2.

71. Mario Chiavario, *Processo...*, cit., v. 2, p. 144-145.

na inquirição de testemunhas e peritos da acusação, direito de não ser obrigado a depor contra si, direito de recorrer, e outros.⁷²

Mas, acima de tudo, na ótica do indispensável equilíbrio entre as posições das partes, a noção de *ampla defesa* reclama particular referência às duas formas em que se manifesta no processo penal: a *autodefesa* e a *defesa técnica*.

Com efeito, seria impossível imaginar a “paridade de armas” entre uma acusação sustentada por um órgão técnico e objetivo, como é o Ministério Público (o mesmo valendo para a acusação privada, formulada por advogado), e uma defesa exercida por um acusado não só despreparado para enfrentar as tramas do tecnicismo processual,⁷³ mas também emocionalmente perturbado com o eventual desfecho do processo.

Tal circunstância, entretanto, não implica admitir que o papel do defensor técnico possa ser exclusivo, dispensando a participação pessoal do acusado nas atividades defensivas. Se é certo que o primeiro conhece o direito e a técnica processual – e nesse terreno sua atividade é prioritária –, não menos correto é que o segundo é quem teve maior proximidade com os fatos e, por isso, está em melhores condições de apresentar a sua versão sobre eles e também de contribuir com mais recursos nas atividades de colheita das provas; daí a fundamental relevância do *interrogatório* como instrumento da autodefesa e, outrossim, da *presença* do próprio acusado nos atos instrutórios.

Na verdade, as duas facetas do direito de defesa são complementares e somente a sua coexistência em todo o desenrolar do processo é capaz de assegurar a efetividade da participação em contraditório.

12. Segue: o duplo grau de jurisdição

Conquanto não seja consensual a sua inclusão entre os pressupostos essenciais à realização de um *processo justo*, não é possível deixar de incluir entre as garantias processuais o reexame das decisões, em seus aspectos de fato e de direito, ou o *duplo grau de jurisdição*.

De fato, muitas são as objeções e dúvidas que têm sido suscitadas na doutrina com relação à função garantidora desempenhada pelas impugnações: de um lado, apontando para o perfil *histórico*, é comum a constatação de que a previsão de recursos que permitem a completa reapreciação das matérias decididas em primeiro grau acompanha os ordenamentos de índole autoritária, lembrando-se a própria origem

romana da *apelação*, justamente no período imperial.⁷⁴ Sob a mesma ótica mostra-se que a multiplicidade dos graus de jurisdição representou uma compensação contra os excessos do procedimento inquisitório.⁷⁵ De outro lado, sublinhando os ângulos *técnico e prático*, lembram-se os inconvenientes da procrastinação das demandas, da incerteza jurídica, do desprestígio do Poder Judiciário com a reforma de decisões etc., ao mesmo tempo que se questiona se uma segunda decisão – ainda que proferida por magistrados de hierarquia superior – pode ser efetivamente melhor que a primeira, dada pelo juiz que teve contato direto com as partes e as provas.⁷⁶

Não é o caso de aprofundar o exame de tais argumentos, até porque apenas evidenciam o caráter *problemático* e não necessariamente *negativo* do princípio;⁷⁷ e, na mesma linha, ponderações semelhantes também poderiam ser levantadas em relação às demais garantias processuais se examinadas à luz dos benefícios mais imediatos.

O que interessa ao propósito deste estudo, antes disso, ao considerar o *duplo grau* como garantia processual, é reconhecê-lo como instrumento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional, que assegura a correção dos provimentos e, concomitantemente, tutela os direitos controvertidos no processo, sobretudo aqueles direitos fundamentais do acusado que estão em jogo no processo penal.

Trata-se, assim, de um enfoque que privilegia o valor *político* das impugnações, relacionando-as à exigência geral de controle sobre a atuação dos órgãos estatais: se o Estado de direito é caracterizado pela *limitação do poder*, nada mais natural que as manifestações concretas do exercício desse poder estejam sujeitas à reapreciação de outros órgãos legitimamente investidos de um *poder de controle*, como ocorre em relação aos tribunais previstos na própria Constituição.⁷⁸

A esse valor *político* agrega-se indiscutivelmente um valor *heurístico* comparável àquele atribuído ao contraditório, pois, se por meio deste ampliam-se as hipóteses de solução da controvérsia pelo exame das diferentes posições sustentadas pelas partes, é com o reexame propiciado pela impugnação que se possibilita

72. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º.

73. Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, p. 217.

74. Por todos, Alessandro Pizzorusso, Sul principio dei doppio grado di giurisdizione, *Rivista di Diritto Processuale* 33(1):43, 1978, com referências bibliográficas.

75. Gaston Stefani, Georges Levasseur e Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, 16. ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 21.

76. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, 7. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 22.

77. Edoardo F Ricci, Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale* 33(1):84, 1978.

78. Grinover, Magalhães e Scarance, *Recursos...*, cit., p. 22. Tratando da previsão de apelação contra decisões do júri, sob a égide do Decreto-lei 167/38, o valor *democrático* do controle das decisões já era bem salientado por Edgard de Moura Bittencourt, *A instituição do júri*, São Paulo, Saraiva, 1939, p. 303-304.

o aprofundamento da análise sobre o acerto de uma primeira solução encontrada; se o erro não é apenas algo inerente aos juízos humanos, mas constitui também um instrumento de pesquisa, um método que permita uma investigação em graus sucessivos é certamente mais apto para atingir o conhecimento verdadeiro.⁷⁹

Assim, ainda que, de um lado, nada possa assegurar que uma segunda decisão seja a mais justa, não se pode negar, por outro lado, que a possibilidade de reexame aumenta efetivamente a *chance* de que isso ocorra,⁸⁰ o que não deixa de ser significativo para a *qualidade* do pronunciamento jurisdicional.

É bem de ver, no entanto, que, sob a ótica do interesse dos destinatários do provimento, o valor de garantia do *duplo grau* poderia ser questionado, segundo as perspectivas diferenciadas daquele que obteve um resultado favorável e do que ficou prejudicado pela primeira decisão: para este último, a impugnação abrirá uma nova oportunidade de fazer valer suas razões, enquanto ao primeiro a possível impugnação do vencido trará, ao contrário, o *risco* de reversão de uma situação favorável já conseguida.

Dessa circunstância decorre certamente a omissão de alguns textos constitucionais e internacionais em relação à inclusão do *duplo grau* entre as garantias processuais ou, pelo menos, como garantia extensiva ao processo civil.⁸¹

Para o processo penal, a duvidosa vantagem da previsão de um direito à impugnação deve ensejar, entretanto, uma solução diferenciada, segundo se trate de decisão desfavorável à acusação ou à defesa. Como anota Mario Chiavario, o direito ao *justo processo* é essencialmente um direito do acusado, até porque nessa matéria a *igualdade de armas* não se traduz na exigência de uma simetria absoluta de posições, mas deve permitir a expansão “a senso único” das garantias.⁸²

Assim, mesmo sem chegar à posição extremada que vislumbra nessa diferenciação o fundamento para uma vedação ao recurso da acusação contra a sentença absolutória,⁸³ é legítima e coerente com um sistema de garantias a solução encontrada pelos textos internacionais anteriormente referidos – hoje incorporados ao nosso ordenamento –, quando estabelecem como garantia *do acusado* o recurso

a uma autoridade judiciária superior, com o objetivo de ver reexaminada uma decisão condenatória.⁸⁴

Entre nós, não bastassem as regras internacionais, essa interpretação é também perfeitamente compatível com as disposições do próprio texto constitucional, que assegura o *devido processo legal* a quem se encontre em situação de ser “privado da liberdade ou de seus bens” (art. 5.º, LIV), além de conferir o direito à *ampla defesa* aos “acusados em geral” (art. 5.º, LV).

Diante disso, o *duplo grau* deve ser incluído entre as *garantias* do justo processo, seja como instrumento que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja, especialmente no processo penal, como meio de proteção do indivíduo submetido à persecução; trata-se, acima de tudo, de um desdobramento do direito à ampla defesa.⁸⁵

Nessa linha, tal reconhecimento implica conferir *sempre* à defesa pelo menos uma oportunidade de reexame das decisões desfavoráveis que possam afetar os direitos fundamentais do acusado; e, sob a ótica das garantias, tal reexame não deve estar limitado às questões de direito decididas, como previsto em alguns sistemas, pois é justamente na apreciação errônea ou deficiente dos fatos que se encontram as mais sérias violações dos mencionados direitos.⁸⁶

13. Segue: a publicidade processual e a motivação das decisões

Encerra-se finalmente o quadro de garantias processuais com a menção a dois últimos requisitos essenciais à realização do processo justo: a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões.

Trata-se, na sugestiva constatação de Ferrajoli, de garantias de *segundo grau* ou *garantias das garantias*, pois representam na verdade instrumentos pelos quais se assegura um *controle* sobre a efetividade das demais, que foram anteriormente examinadas.⁸⁷

79. Alfredo Gaito, Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta, *Le impugnazioni penali*, Gaito (org.), Torino, UTET, 1998, p. 8; Sergio Sottani, Un sistema in trasformazione, *Le impugnazioni penali*, Gaito (org.), Torino, UTET, 1998, p. 35.

80. Enrico Allorio, Sul doppio grado nel processo civile, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1976, v. 3, p. 1.789.

81. Mario Chiavario, *Processo...*, cit., v. 2, p. 175-176.

82. Idem, p. 176-177.

83. Julio Maier, El CPP modelo y la reforma procesal en Iberoamerica (mimeo), texto apresentado no Seminário sobre Reforma de la Justicia Penal en America Latina, Buenos Aires, 1996.

84. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, n. 2, h; Pacto Internacional, art. 14, n. 5.

85. Giuseppe Riccio, Agostino De Caro e Sergio Marotta, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1991, p. 171-172. No mesmo sentido, Alfredo Gaito, ressaltando que, “no esquema processual-penal acusatório próprio dos regimes democráticos, em que o indivíduo não é mero destinatário passivo da sanção penal, mas titular de direitos constitucionalmente reconhecidos e tutelados, aquela função autoritária e centralizadora historicamente relacionada à impugnação cede passo, progressivamente, à aspiração do sujeito processual de dispor de meios para aproximar a decisão judicial à tutela dos seus direitos” (Impugnazioni..., cit., p. 5, nota 14).

86. Grinover, Magalhães e Scarance, *Recursos...*, cit., p. 25; Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 82-84.

87. Luigi Ferrajoli, *Diritto...*, cit., p. 632. Ao lado dessas *garantias das garantias* Ferrajoli também inclui a “legalidade ou ritualidade dos procedimentos”, cujo destaque entre as

A primeira delas – a *publicidade* – constitui uma *garantia política* de maior convergência, sendo inseparável da própria ideia de *democracia*, expressando acima de tudo uma exigência de *transparência* nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles populares sobre o exercício do poder.⁸⁸

Isso vale especialmente para a atividade judiciária, em que o conhecimento de tudo o que se passa no processo é condição indispensável para que possa haver um *controle* não só das partes, mas também do *público* em geral sobre o modo pelo qual é administrada a justiça. Como anota Figueiredo Dias, a publicidade reforça o sentimento de corresponsabilidade, tanto dos cidadãos como dos órgãos estatais, na administração da justiça.⁸⁹

No campo do processo penal, aliás, a publicidade dos atos do procedimento representa uma das marcas distintivas do modelo *acusatório* – que acompanhou os regimes políticos democráticos, desde a Grécia e da Roma republicana –, ao contrário do segredo que caracterizou o modelo *inquisitório* próprio dos sistemas de poder absoluto.⁹⁰ Daí a grande atenção dada ao tema pelo pensamento iluminista, que consagrou à exigência de publicidade processual algumas de suas mais eloquentes páginas, propiciando com isso o destaque conferido à garantia da publicidade nas reformas revolucionárias.⁹¹

Ainda com a ressalva de que sempre há uma interpenetração das várias garantias, não sendo possível isolar completamente os seus diversos aspectos, a publicidade processual pode ser vista como garantia de um correto exercício da função jurisdicional – assegurando, por exemplo, a imparcialidade e a independência do juiz –, ou como instrumento de tutela dos interesses das partes processuais, quando visa especialmente garantir a melhor participação nas atividades do contraditório.

Essas duas vertentes da garantia da publicidade processual ficam bastante claras no texto constitucional brasileiro, que no capítulo dedicado às disposições gerais do Poder Judiciário determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Po-

der Judiciário serão públicos” (art. 93, IX), mesmo depois de haver incluído regra equivalente no capítulo dos direitos e garantias fundamentais: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5.º, LX).

Desse duplo aspecto da garantia em questão resulta a distinção entre a *publicidade externa* e a *publicidade interna*: a primeira diz respeito ao acesso do público em geral aos atos do processo, que, em casos excepcionais, pode ser restringida, atendendo-se a outros interesses não menos relevantes, como a proteção da intimidade e da vida privada das pessoas envolvidas no processo; a segunda, relacionada ao conhecimento que deve ser assegurado aos próprios participantes do contraditório, já não pode sofrer restrições, pois isso significaria diminuir-lhes as oportunidades de participação efetiva nas atividades processuais.⁹²

É possível ainda distinguir a publicidade *imediata*, que se realiza pela presença e pelo contato direto com os atos processuais, e a publicidade *mediata*, que resulta principalmente da divulgação desses mesmos atos pelos meios de comunicação. Esta última constitui hoje um dos grandes temas em que se destaca a necessidade de temperar o interesse geral no conhecimento público do que se passa no processo com certos direitos das pessoas envolvidas, não menos relevantes para a sociedade e igualmente dignos de proteção.⁹³

A segunda dessas *garantias das garantias* é a da *motivação* das decisões, que, estreitamente ligada à *publicidade*, também se caracteriza como exigência mais ampla de transparência no exercício do poder. A ela são dedicados os capítulos subsequentes.

garantias processuais não parece entretanto se justificar, até porque essa é uma característica que integra a própria noção de processo.

88. F Javier de Lucas Martin, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad, *Anuario de Filosofia del Derecho* 7:134-5, 1990.

89. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 1974, v. 1, p. 223.

90. Como ressalta Foucault, a forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo (Michel Foucault, *Vigiar e punir*, 6. ed., trad. Ligia M. Pondé Vassalo, Petrópolis, Vozes, 1988, p. 36).

91. Luigi Ferrajoli, *Diritto...* cit., p. 632-633; Vincenzo Vigoriti, La pubblicità delle procedure giudiziarie: prolegomeni storico-comparativi, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 27(4): 1425-88, 1973.

92. Daí dizer-se que a publicidade interna é *absoluta*, ao passo que a externa é *relativa* (Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, tese, São Paulo, 1993, p. 244).

93. Especialmente Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 134, nota 178; René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 212-216; Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 64; Glaucio Giostra, *Processo penal e informazione*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 1989, especialmente p. 38 e ss.