

GUSTAVO HENRIQUE **BADARÓ**

EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA E PROVA PENAL

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

1.2. Processo penal como mecanismo de legitimidade da punição estatal

Qual a finalidade do processo penal?

Numa resposta direta, para uma pergunta ambiciosa, pode-se dizer que o processo penal tem por função a legitimação do exercício do poder de punir estatal.

Evidente que o tema é complexo e, em se adotando como ponto de partida uma finalidade distinta, as conclusões também serão diversas. Adota-se, assim, um sistema de processo penal no qual, segundo Ferrajoli, os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal com o objetivo de assegurar, comparado com outros modelos de direito penal historicamente concebíveis e que já existiram, o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do julgamento e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra o arbítrio.¹

Nem sempre foi assim. Punição e poder são intrinsecamente ligados, sendo que o exercício do poder assume diversas formas, algumas legítimas, outras não. O “processo” penal inquisitivo é um exemplo de mecanismo punitivo aplicado por um sujeito sem imparcialidade, em que não havia partes em sentido verdadeiro do termo e muito menos era possível o exercício do contraditório para atuação do direito penal objetivo.² Todavia, se no passado isso ocorreu, atualmente esse modelo não é mais aceitável, em decorrência de longa evolução histórica, com a valorização dos direitos e garantias do homem e, particularmente, do acusado.

No Estado de Direito não se pretende punir de qualquer modo ou a qualquer custo.³ Portanto, no processo penal não se aplica a lógica de que os fins justificam os meios. Ao contrário, a correta observância do meio, isto é, do processo enquanto instrumento para atuação do direito de punir estatal, é condição para a legitimidade do resultado. Para tanto, o processo deve respeitar os parâmetros constitucionalmente previstos e se desenvolver com a perfeita observância das regras legais.

1. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragion: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998. p. 6.
2. Como lembra José Frederico Marques (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 253), “o Estado, como titular do direito de punir, poderia reprimir os delitos administrativamente, e isto ou através de órgãos judiciários, como acontecia no processo inquisitório, ou de órgãos submetidos ao Executivo”.
3. Antonio Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 23) destaca que “a moderna concepção de Estado de direito traduz, basicamente uma ideologia de limitação desse poder”. E, especificamente com relação ao processo penal, Luciano Marques Leite (*O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo*. *Justitia*, n. 70, jul.-set. 1970. p. 193) lembra que “O Estado de Direito, para maior garantia e tutela da liberdade dos cidadãos, depois de percorrer uma linha ascensional, que é a própria história da evolução dos direitos fundamentais do homem, autolimitou-se. Colocou à sua frente uma barreira, a proibição da autodefesa penal, isto após ter estabelecido uma posição de equilíbrio entre o seu direito punitivo e o direito de liberdade dos súditos”.

O respeito ao devido processo legal é condição necessária,⁴ embora não suficiente, para uma decisão justa. Os processos que respeitem as regras legais poderão ter como resultado uma decisão justa.⁵ De outro lado, um processo que viole garantias constitucionais, ou as leis de regência, não terminará com uma decisão justa, independentemente das demais variáveis em questão. Obviamente, uma punição injusta será ilegítima.

É essencial, portanto, definir quais as condições necessárias para uma decisão justa. Segundo Taruffo, a justiça de uma decisão está condicionada ao correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido.⁶ Trata-se, assim, de um conjunto de três condições necessárias, embora nenhuma delas, isoladamente, suficiente.⁷

O tema central da obra é a proposta de um modelo de epistemologia judiciária que permita a adoção de mecanismos racionais para a produção e valoração da prova no processo penal. Mas isso não pode se dar desprezando-se as garantias do devido processo legal. Um processo que obtenha o máximo de rendimento epistêmico, mas às custas de violações de garantias processuais, não levará a um resultado legítimo, ainda que baseado numa correta reconstrução dos fatos. A investigação e a instrução criminal devem se desenvolver nos limites constitucionais e segundo os critérios legais, sendo cada vez mais necessária a advertência de Ada Pellegrini Grinover: “a investigação criminal e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de acordo com um rito probatório legalmente predeterminado”.⁸

4. O tema será aprofundado, infra, no item 1.3.

5. Adotar a premissa de que o respeito ao procedimento é condição necessária, mas não suficiente, para decisão justa implica rechaçar a concepção meramente procedimentalista, no sentido de que basta o respeito ao procedimento para que se considere justa a decisão proferida ao final. Michele Taruffo (*Idee per una teoria della decisione giusta. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 225) afirma, com razão, que a justiça da decisão não pode coincidir somente com o respeito ao procedimento, pois a um processo justo pode se seguir uma decisão injusta, se o juiz valora de modo errôneo o resultado das provas. No mesmo sentido: NOBILI, Massimo. *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni. Il libero convincimento del giudice penale: vecchie e nuove esperienze*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 41.

6. TARUFFO. *Idee per una teoria della decisione giusta*, cit., p. 224; *Idem. Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 38. No mesmo sentido: PASTORE, Baldassare. *Decisioni, argomenti, controlli: diritto positivo e filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 97-98; TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 81.

7. Deixando de lado a questão da interpretação e aplicação da lei, que não é o objetivo desta obra, no presente capítulo se examinarão as garantias do devido processo legal e sua interação com o juízo de fato.

8. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 58.

É necessário, portanto, conciliar, como fins institucionais do processo, a busca pela verdade, no que diz respeito ao juízo de fato ou à atividade epistêmica, com o respeito às garantias processuais, no que toca ao correto funcionamento do procedimento.⁹

Retoma-se, assim, o ponto de partida: o processo penal, enquanto instrumento legal para a verificação de uma imputação, na qual se atribui a alguém a prática de um fato definido como crime e, em caso de conclusão positiva, de imposição de uma sanção, é um fator de legitimação do sistema punitivo e, de forma mais ampla, do próprio exercício do poder.

O mecanismo processual é colocado em funcionamento para a verificação da imputação penal, isto é, da atribuição de um fato concreto que se subsuma a um tipo penal e configure crime, a quem o tenha praticado ou para o qual ele tenha concorrido. Se o juiz decidir que foram comprovados os fatos imputados, a consequência será a aplicação de uma regra de direito penal impositiva de sanção, punindo-se o autor do fato criminoso. De outro lado, em caso de acerto negativo da imputação, ou mesmo de dúvida sobre qualquer fato relevante, o resultado será a absolvição.

Ao final, o juiz precisará decidir. O mundo do direito é o mundo das decisões.¹⁰ Bellavista dizia que o processo nasce porque a dúvida é o seu prólogo, e uma certeza judicial deve ser o seu epílogo.¹¹ Realmente, a dúvida é a sua origem. Mas a certeza, num sentido racional, jamais será atingida. O processo é o típico ambiente do conhecimento incerto, pois tudo o que a reconstrução histórica do fato pode permitir é um resultado em termos de probabilidade e não de certeza.¹² Mas, sendo vedado o *non liquet*, o processo deverá terminar com uma decisão condenatória ou absolutória. É preciso decidir, e mais que isso, decidir com justiça. O resultado do processo penal somente será justo e legítimo se respeitadas três condições necessárias já enunciadas: um correto juízo sobre os fatos, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados;¹³ um correto juízo de direito, com

9. A tríade se completa com o terceiro escopo institucional do processo, relacionado com o *quaestio iuris*, consistente na correta interpretação e aplicação da lei. Mas, para os fins da obra, esse terceiro escopo não está diretamente em questão.

10. IRTI, Natalino. *Dubbio e decisione*. *Rivista di Diritto Processuale*, 2001. p. 64.

11. BELLAVISTA, Girolamo. *Il processo come dubbio*. *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. v. IV. p. 31.

12. IACOVIELLO, Francesco Mauro. *I criteri di valutazione della prova*. In: BESSONE; Mario; GUASTINI, Ricardo (Coord.). *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*. Padova: Cedam, 1995. p. 398.

13. No sentido de que a verdade é condição necessária, mas não suficiente para a justiça das decisões: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23;

uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal. Em suma, em extrema simplificação, uma decisão justa necessita de uma correta atividade epistêmica, para resolver a *quaestio facti*, uma adequada atividade hermenêutica, para resolver a *quaestio iuris*, e fazer a subsunção dos fatos à norma aplicável, sendo tudo isso realizado em um instrumento que respeite o devido processo legal.

Para a relevantíssima realização do juízo de fato, o processo compartilha os problemas epistemológicos da reconstrução histórica dos fatos, comum a vários campos do saber, como a história, a medicina diagnóstica, as ciências naturais, entre outras. Mas, diferente da epistemologia, no processo se conhece não somente por conhecer, mas para decidir uma questão concreta. O conhecimento é meio e não fim. A busca da verdade se destina a permitir uma decisão correta e, portanto, tendencialmente justa. Para tanto, a verdade é uma das condições necessárias, assim como a correta aplicação da lei também o é. E tudo isso precisa se desenvolver por meio de um processo disciplinado por um conjunto de normas legais que deem concretude a garantias asseguradas em convenções internacionais e nas Constituições do Estados. Logo, o processo como mecanismo cognitivo está sujeito a limites legais e constitucionais que afetam a admissão e a produção da prova, o que faz com que o conhecimento sobre a verdade seja limitado. Ou, como se costuma afirmar, atingirá uma “verdade juridicamente condicionada”.¹⁴

Antes de analisarmos as garantias processuais cujo respeito é fundamental, é preciso definir qual é o objeto da prova no processo penal, quanto ao juízo de fato.

1.3. As garantias processuais e sua relação com a epistemologia judiciária

Como já exposto, o processo penal tem por finalidade legitimar o exercício do poder de punir estatal, mediante a verificação probatória e posterior decisão sobre a imputação penal.

Não se pode aceitar, porém, qualquer instrumento como apto a legitimar o resultado final. Mesmo que haja uma correta reconstrução histórica dos fatos,

GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 284; UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015. p. 3; HAACK, Susan. *A respeito da verdade, na ciência e no direito. Perspectivas pragmáticas da filosofia do direito*. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. p. 324.

14. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “Carpintaria” da sentença penal (em matéria de fato). *Valoração da prova e sentença penal*. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 128.

bem como seja realizada uma adequada atividade hermenêutica, o desrespeito às garantias constitucionais do processo fará com que o resultado seja injusto. Não é por outra razão que a Constituição, acertadamente, assegura que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Mas, exigir o devido processo legal não pode significar dar uma folha assinada em branco para o legislador infraconstitucional. Ainda mais num sistema como o brasileiro, no qual além da cláusula geral do devido processo, também é estabelecido um riquíssimo conjunto integrado de garantias processuais específicas. Não se pode imaginar como *due process* ou processo *équico*, para usar a linguagem das Cortes Internacionais, um processo que tenha lugar perante tribunais de exceção ou mesmo um juiz que não seja o natural, segundo os critérios de competência definidos na Constituição e nas leis. O réu desse processo não será um sujeito de direito presumido inocente, a quem seja assegurada a ampla defesa, em paridade de armas com a acusação. O processo não será devido, aliás, nem processo será, mas sim mero procedimento, se não se desenvolver em contraditório. Um rito com atos secretos e com decisões não motivadas será um processo arbitrário. Além disso, o processo deverá se desenvolver em prazo razoável.¹⁵

Nesse conjunto integrado de garantias, há inegáveis áreas de sobreposição, o que não é criticável ou sinônimo de má técnica. É preferível um conjunto de garantias processuais em que haja redundâncias ao invés de faltas. Entre as diversas garantias há zonas de interpenetração recíproca, bem como situações em que uma garantia assegura a efetividade de outra e ambas se reforçam mutuamente. Por exemplo, sem independência judicial não haverá imparcialidade, sendo a garantia do juiz natural destinada a assegurar o direito a um juiz imparcial.¹⁶ Ou, ainda: contraditório garante a ampla defesa, ao possibilitar a informação, e por ela se manifesta, no momento de reação.¹⁷ Portanto, as diversas garantias processuais asseguradas na Constituição e em Tratados e Convenções de Direitos Humanos, embora tenham operacionalidade isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integrada, constituindo um sistema ou um modelo de garantias

15. Nesse sentido: CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 125.

16. Sobre a garantia do juiz natural como meio de assegurar o direito ao juiz imparcial: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 35 e ss.

17. Analisando a interação entre defesa e contraditório, 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. 5-6) explica: “[...] defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação”.

processuais. Há, assim, um “sistema circular”¹⁸ que, em conjunto, assegura, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo penal.¹⁹

Não é objetivo do livro passar em revista o conjunto de garantias constitucionais e convencionais aplicáveis ao processo penal. Muito menos se pretende realizar uma análise crítica e pormenorizada de cada uma delas. O que se almeja verificar é como as garantias processuais e, em especial, seus corolários que mais concretamente regem o desenvolvimento do processo e da instrução, portam-se perante um modelo de epistemologia judiciária que tenha na descoberta da verdade – evidente que com os limites inerentes a todo conhecimento humano – um dos seus fins institucionais. Sob essa ótica, as regras que estabeleçam garantias processuais serão analisadas a partir de um tríplice critério epistemológico: positivas, neutras e negativas.²⁰

As garantias processuais *epistemologicamente positivas* são aquelas que, além de seu escopo processual propriamente dito, também são incentivadoras ou facilitadoras da descoberta da verdade. Por exemplo, o contraditório, além de ser fundamental como elemento integrador do processo, ao permitir o funcionamento de uma estrutura dialética no desenvolvimento do rito processual, também tem uma relevante função heurística, sendo um potente mecanismo para a descoberta da verdade.

Num segundo nível há garantias processuais que são *epistemologicamente neutras*, na medida em que não favorecem nem obstaculizam a descoberta da verdade. Assim, por exemplo, a publicidade processual em sua vertente geral ou ampla. A própria garantia do juiz natural, como juiz competente predeterminado por lei, é neutra do ponto de vista epistemológico, pois se o juiz for imparcial, mesmo que incompetente, não se estará prejudicando a descoberta da verdade.

Por fim, há garantias processuais que podem ser consideradas contraproducentes para o fim de descoberta da verdade. São, assim, garantias processuais *epistemologicamente negativas*, ou garantias antiepistêmicas, como seria o caso da ausência de motivação no tribunal do júri.

18. A feliz figura de um “sistema circular” é de Alfredo Bargi (*Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990. p. 105). Dela também faz uso Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais...*, cit., p. 33).

19. MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais...*, cit., p. 33.

20. Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 122), tendo com critério o fim de averiguação da verdade, divide as garantias institucionais do processo em três categorias: garantias institucionais *epistemológicas*, que contribuem para a averiguação da verdade; garantias institucionais *não epistemológicas*, que não dificultam a averiguação da verdade; e garantias institucionais *contraepistemológicas*, que dificultam ou entorpecem a averiguação da verdade. Jordi Ferrer Beltrán (*Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 36, nota 19) também faz referência a garantias contraepistemológicas.

1.3.1. Imparcialidade do juiz

A imparcialidade é uma condição essencial do juiz e pressuposto da atividade jurisdicional. O processo, enquanto um dos meios de heterocomposição dos conflitos e de aplicação da lei, somente tem razão de ser quando o ato final de exercício de poder seja realizado por um terceiro, isto é, um sujeito imparcial.

Embora a Constituição não assegure, expressamente, o direito a um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo uma garantia constitucional implícita.²¹ Por outro lado, no âmbito dos tratados regionais e internacionais de direitos humanos, há expressa previsão, entre as garantias processuais mínimas do acusado, do direito de ser julgado por um juiz imparcial.²²

Dos muitos aspectos sob os quais se pode analisar a questão da imparcialidade do juiz, no que diz respeito ao juízo de fato, a questão mais relevante diz respeito aos chamados “poderes instrutórios do juiz”. Isso porque, toda vez que o magistrado realiza uma atividade afeita a uma das partes, corre o risco de perder a sua imparcialidade ou, o que já seria perigoso e suficiente para que deixasse de ter condições de julgar, torna-se um julgador de cuja imparcialidade se possa duvidar.

21. Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 144.

22. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, prevê no item X que “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. No âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 04 de novembro de 1950, em seu art. 6.1, ao assegurar o direito ao processo equitativo, estabelece que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1, primeira parte, estabelece que “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de caráter civil. [...]”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura, no art. 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Num processo em que o juiz seja o protagonista da atividade probatória, estando a gestão da prova em suas mãos, tal indagação não teria sentido. Em processos de cariz predominantemente inquisitorial, ao determinar a produção de provas, não age em substituindo a atividade das partes. Ao contrário, estará sendo juiz, como se espera que ele seja: investigando tenaz e completamente a verdade dos fatos. Eis o seu papel.

Por outro lado, num processo em que a atividade de produção das provas decorra do exercício do direito à prova das partes, se o juiz determina, de ofício, a produção de um meio de prova que não foi requerido por nenhuma das partes, poder-se-á objetar que estará realizado uma atividade de parte, colocando em risco a sua imparcialidade. No processo penal, o contra-argumento normalmente utilizado no campo cível, de que o juiz, ao determinar a produção de um meio de prova, não sabe, por antecipação, a quem o resultado do experimento probatório aproveitará, não pode ser facilmente acolhido. Isso porque, embora não se saiba qual será o resultado, é perfeitamente possível prognosticar aquilo que o juiz espera obter com tal meio: uma prova para afastar a dúvida e permitir a condenação do acusado. Isso porque, como no processo penal não há distribuição do ônus da prova, que é todo atribuído à acusação, se dúvida há, ela deve ser resolvida em favor do acusado. Assim, quando o juiz determina a produção de um meio de prova *ex officio*, é porque almeja afastar a dúvida, o que levará a um resultado condenatório. Esse risco, portanto, precisa ser controlado.

Se, por um lado, é claro que um ordenamento que não confira poderes instrutórios ao juiz estará fortalecendo a sua imparcialidade, por outro lado, não há segurança na conclusão oposta, de que um juiz com poderes instrutórios terá, inevitavelmente, comprometida a sua imparcialidade.

1.3.1.1. Os poderes instrutórios do julgador

Do ponto de vista da epistemologia judiciária e da correlata busca da verdade, a questão central em termos de imparcialidade do julgador diz respeito à possibilidade ou não de o juiz produzir prova por iniciativa própria.²³

Um sistema em que o juiz dependa exclusivamente das provas produzidas pelas partes, não tendo qualquer poder instrutório, ainda que supletivo, pode ser considerado inadequado do ponto de vista puramente epistemológico. A possibilidade de incremento do material probatório disponível para a valoração e decisão é algo sempre positivo, desde que se trate de provas logicamente relevantes. Por

23. Outra questão de grande importância diz respeito à organização judiciária, no caso, se o juiz deve ser um magistrado profissional, ou um julgador leigo. Além disso, essa questão poderia se desdobrar em outras tantas em cada uma das categorias, como: se o órgão julgador, na atividade de valoração da prova, deve ser monocrático ou colegiado?

outro lado, sempre que uma atividade tenha na busca da verdade um de seus escopos, mediato ou imediato – como é o caso, além do juiz, do cientista ou do historiador –, se quem realiza tal função estiver psicologicamente comprometido com o resultado da empreitada heurística, sua conclusão tenderá a ser distorcida, seja pela supervalorização de aspectos que, *a priori*, sejam considerados positivos, seja pela ocultação, relativização ou busca de justificativa infundada para eventos negativos. A imparcialidade, além de uma garantia fundamental do devido processo legal, também é uma condição necessária da atividade epistêmica.

Duas soluções extremadas são possíveis: (i) a impossibilidade total de que o juiz tenha qualquer poder instrutório;²⁴ (ii) uma ampla e ilimitada iniciativa probatória do julgador, independentemente de qualquer atividade das partes. Ambas as possibilidades, justamente por seus radicalismos, parecem pouco propícias à construção de um modelo processual que seja adequado para uma boa prestação jurisdicional, seja pensando nas garantias fundamentais do acusado, seja com vista a uma maior eficácia da persecução penal.

Entre um juiz absolutamente passivo e inerte, no que diz respeito à produção da prova, e um magistrado que seja o protagonista da instrução, com poderes absolutos e ilimitados, é preciso encontrar uma solução intermediária, que permita o enriquecimento do material probatório por iniciativa do juiz, sem que este comprometa a sua imparcialidade. O ponto fulcral do problema está na compatibilidade ou não dos poderes instrutórios do juiz com um processo penal acusatório.

24. A negativa de poderes instrutórios ao juiz, por sua incompatibilidade com o modelo acusatório, é defendida por parte da doutrina italiana: LOMBARDO, Luigi Giovanni. *Ricerca della verità e nuovo processo penale*. *Cassazione Penale*, 1993. p. 755; MARAFIOTTI, Luca. *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993. p. 845. Na doutrina nacional, o mesmo posicionamento é sustentado por: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31 e ss.; Idem, *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito, In: *Revista de Estudos Criminais – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC*, Porto Alegre, n. 14, abr.-jun., 2004. p. 87; e LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173 e ss. Merece destaque, também, a posição intermediária de Geraldo Prado (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158-159): “entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele que pertinente à iniciativa judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa”.

Os sistemas concretos, sempre conferem ao juiz, em maior ou menor grau, a depender das circunstâncias, o poder de determinar a produção de provas independentemente de requerimentos das partes. Será raro, para não se dizer inexistente, um ordenamento jurídico em que atividade probatória no processo penal esteja exclusivamente nas mãos das partes.²⁵ Há sistemas que, de modo amplo, reconhecem um poder geral de produção de toda e qualquer prova que se mostre necessária à “descoberta da verdade”.²⁶ Em outros, há previsões específicas em

25. A observação vale, não só para os sistemas nacionais, como para os tribunais internacionais. Por exemplo, no caso do Tribunal Penal Internacional, Salvatore Zappalà (The rights of the accused. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. (Ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2009. v. II. p. 1320), afirma tratar-se de um sistema essencialmente adversarial, embora estejam presentes alguns elementos do modelo inquisitorial. De modo semelhante, Kai Ambos (International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or “mixed”? *International Criminal Law Review*, p. 1-37, 2003, consultada versão em português, “É o procedimento penal internacional ‘adversarial’, ‘inquisitivo’ ou ‘misto’”. In: AMBOS, Kai. *Processo penal internacional*. Trad. Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 54; Idem. *Derecho procesal penal contemporáneo*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011. p. 70), se refere a um processo misto adversarial-inquisitivo.

26. Na Espanha, por exemplo, embora o art. 728 da Ley de Enjuiciamiento Criminal estabeleça, como regra geral, que “no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”, o art. 729 excepciona-a, dispondo que: “se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes; 2º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3º Las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles”. Também na Alemanha, o § 244, n. 1, da StPO confere ao juiz os poderes instrutórios de caráter geral: “El tribunal tiene que extender de oficio la recepción de las pruebas para la investigación de la verdad de todos los hechos y medios de prueba que tienen significado para la decisión”. Com relação a Portugal, no Código de Processo Penal de 1987, o art. 340, § 1º, do CPP português estabelece um princípio geral segundo o qual “o Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”. Segundo Jorge de Figueiredo Dias (*O novo Código de Processo Penal*. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* 369/15, Lisboa, 1987. p. 14), trata-se de “uma estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação”. Quanto à Itália, o art. 190, comma 1º, do Codice di Procedura Penale, que “enuncia il principio forse più emblematico del nuovo rito accusatorio” (MELCHIONDA, Achille. *Prova in generale (diritto processuale penale)*. *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento. Milano, 1997. p. 847), estabelece que “1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte”. Contudo,

relação apenas a determinados meios de prova.²⁷ A questão, portanto, é estabelecer os limites ao exercício de tais poderes de iniciativa probatória, e não propriamente

tal regra não é absoluta. O art. 507, comma 1º, excepciona: “Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove”. O Código de Processo Penal Tipo para a Iberoamérica também assegura ao juiz o poder de produzir provas *ex officio*. Como regra geral, o art. 289 estabelece que “en la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”. Além disso, o art. 317 prevê que “El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Por fim, o art. 320 dispõe que “Si el tribunal estimare imprescindible, durante la deliberación, recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, conforme al art. 317, podrá disponer, a ese fin, la reapertura del debate”. No Tribunal Penal Internacional é reconhecido o direito à prova das partes, mas o juiz também dispõe de poderes para, de ofício, determinar a produção de provas. O art. 69.3 do Estatuto de Roma, na disciplina da prova, prevê: “69.3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos”. Por fim, mas não menos relevante, até pela natureza do órgão, importante lembrar da disciplina prevista no âmbito das Cortes internacionais de direitos humanos. O art. 59.3 do Regulamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor no dia 1º de julho de 2014, estabelece que: “The Chamber may decide, either at the request of a party or of its own motion, to hold a hearing on the merits if it considers that the discharge of its functions under the Convention so requires”. De forma semelhante, o art. 58 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que dispõe sobre “Diligências probatórias de ofício”, prevê, no subitem (a) que: “A Corte poderá, em qualquer fase da causa: a. Procurar ex officio toda prova que considere útil e necessária. Particularmente, poderá ouvir, na qualidade de suposta vítima, de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cuja declaração, testemunho ou parecer considere pertinente”. Para uma ampla análise dos poderes instrutórios do juiz no processo civil, cf.: TARUFFO, Michele. Os poderes instrutórios das partes e do juiz na Europa. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 57-84, em que conclui que “Não existe qualquer conexão entre a atribuição ao juiz de mais ou menos poderes de iniciativa instrutória e a presença de regimes autoritários e antidemocráticos”.

27. Mesmo nos países de *common law*, em que a iniciativa probatória é toda exercida pelas partes, tendo o julgador um papel geralmente passivo, a lei lhe confere poderes probatórios em determinados casos. Por exemplo, no processo norte-americano, a rule 614 (a) do Federal Rule of Evidence estabelece que “the court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called”. De outro lado, a letra (b) dispõe que “the court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party”. Também a rule 706 prevê que “the court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties and may appoint expert witness of its own selection”. Também no processo penal inglês, o juiz pode chamar *ex officio* testemunhas, incluindo os peritos, sem necessidade de consentimento das partes.

a sua existência. Além disso, é fundamental definir a relação entre os poderes instrutórios do juiz, de um lado, e o direito à prova das partes, de outro, com vistas a estabelecer qual deverá predominar na atividade instrutória.²⁸

Porém, antes de resolver tais questões, é necessário um esclarecimento terminológico. A categoria “poderes instrutórios do juiz” é bastante heterogênea, podendo incluir um amplo leque de poderes, que vão desde a busca de fontes de provas (atividade investigativa) até a introdução em juízo de provas de cuja existência já tenha conhecimento (atividade instrutória propriamente dita).

Partindo da distinção entre fontes de prova e meios de prova, percebe-se, facilmente, que o perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um “buscador” de fontes de prova. Quem investiga compromete a sua imparcialidade para o posterior julgamento.

Por outro lado, diferente de investigar é instruir. O juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova (p. ex.: a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos), se limita a determinar a produção do meio de prova necessário (p. ex.: o depoimento da testemunha) para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está agindo comprometido com uma hipótese prévia por ele formulada. No caso, as hipóteses fáticas a serem objeto da prova já terão sido colocadas, na acusação, pelo Ministério Público ou pela vítima já tendo sido formulada a hipótese a ser investigada, e não realizando atos de investigação, o juiz que se limitar a determinar, de ofício, a produção de meios de prova, decorrentes de uma fonte

28. No caso brasileiro, o Código de Processo Penal de 1941, buscando atingir os fins almejados pelo Estado Novo, pressupunha um juiz forte, verdadeiro protagonista ou ator principal do processo, que em tema probatório, era o senhor da instrução. A ele eram reservados amplos poderes probatórios, na busca da tão almejada verdade real. Lê-se na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, em seu item VII: “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria de acusação ou da defesa e houver fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dubio pro reo ou o no liquet” (destaquei). Desde então, muita coisa mudou e, a partir da Constituição de 1988, tem havido um crescente movimento doutrinário pela restrição dos poderes instrutórios do juiz. Todavia, ao menos no campo probatório, essa tendência não se refletiu no direito posto. A Lei 11.690/2008, que alterou as regras gerais sobre prova no Código de Processo Penal, deu nova redação ao art. 156, nos seguintes termos: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – 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; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

de prova já conhecida no processo, não estará colocando em risco a sua posição de imparcialidade.²⁹

Justamente por isso, uma importante limitação, de caráter geral, à iniciativa probatória do juiz, diz respeito à impossibilidade de praticar qualquer ato de investigação, na fase de inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação preliminar, pois nessa etapa prodrômica, ainda não há imputação, com a delimitação dos fatos a serem objeto do processo. Somente com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo acusador é que a imputação terá sido formulada e o objeto do processo delimitado. Como na fase de investigação preliminar ainda não há a definição formal da hipótese a ser investigada, formulada por um sujeito diverso do julgador, se o juiz atuar na investigação fatalmente estará antecipando mentalmente uma hipótese a ser investigada e, com isso, se comprometendo psicologicamente. Isso porque, o ato investigativo terá sido determinado para a produção de um meio de prova tendente à confirmação da hipótese eleita.

Como explica Cordero, em passagem sempre lembrada por aqueles que negam qualquer poder instrutório ao juiz, “a solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem investiga segue uma [hipótese], às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula cuidadosa autocrítica; como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese”.³⁰

Esse indevido e comprometedor primado das hipóteses sobre os fatos não é comprometedor da investigação, mas sim do julgamento.

Quem investiga antecipa mentalmente a hipótese a investigar. E a colheita das fontes de prova poderão gerar resultados que confirmem ou refutem a hipótese eleita. Logo, haverá perda da imparcialidade num sistema em que o investigador também será o julgador. Diversa, contudo, é a situação de sistemas em que um sujeito investiga; um segundo formula a hipótese acusatória; e, por fim, um terceiro, no caso o juiz, simplesmente determina a produção de um meio de prova, como

29. BADARÓ. *Onus da prova no processo penal...*, cit., p. 119-120. Em sentido contrário, posiciona-se Geraldo Prado (*Sistema acusatório...*, cit., p. 136-137), que afirma: “Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positividade da questão fática. Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

30. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51. Invocando tal passagem, cf.: COUTINHO, Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti ..., cit., p. 86.

instrumento para incorporação de eventuais elementos probatórios de uma fonte de cuja existência já se tenha notícia.

Quando já há acusação formulada pela parte e o juiz se limitar a *determinar a produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova já existente ou noticiada nos autos*, que não foi obtida por sua própria investigação, ele não se transfere em um *inquisidor*. Não se comprometerá com a hipótese a ser verificada pela produção do meio de prova. Além disso, o resultado dessa determinação de produção de um meio de prova, ou de modo mais técnico, o resultado do experimento probatório poderá ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato. Isto é, o resultado probatório do meio cuja produção o juiz determinou poderá confirmar ou refutar a afirmação fática que constitui o *thema probandum*.

Portanto, o juiz pode ter *poderes instrutórios* que lhe permitam determinar a produção de meios de prova, mas não *poderes investigatórios* de realizar atos de investigação em busca de fontes de prova. Além disso, para exercê-lo, é necessário que já haja a delimitação do objeto do processo, com a formulação da imputação pelo acusador.³¹ Nesse caso, os poderes instrutórios do juiz poderão ser utilizados somente para determinar a produção de meios de provas correspondentes a fontes de provas já existentes nos autos.³²

31. Como explica Jorge de Figueiredo Dias (*Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1. p. 136-137): “Já conhecemos o processo histórico através do qual se operou a evolução do processo penal de um tipo *inquisitório* para um tipo *acusatório*, bem como a consideração material que esteve na base da evolução: a imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o MP ou um juiz de instrução). É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o *princípio da acusação*” (destaques no original) E, noutro passo, complementa o ilustre Autor português (ibidem, p. 143-144): “Não basta porém, para que se dê satisfação às exigências materiais contidas no princípio da acusação, que o princípio se consagre, é ainda necessário, como bem se compreenderá, que integralmente se respeitem as implicações que dele substancialmente derivam [...]: 1º O tribunal a quem cabe o julgamento não pode, por sua iniciativa, começar uma investigação tendente ao esclarecimento de uma infracção e à determinação de seus agentes; isto tem de ter lugar numa fase (processual ou pré-processual, tanto importa) cuja iniciativa e direcção caiba a uma entidade diferente. 2º A dedução da acusação é pressuposto de toda a actividade jurisdicional de investigação, conhecimento e decisão. Ela afirma publicamente que sobre alguém recai uma suspeita tão forte de responsabilidade por uma infracção que impõe uma decisão judicial; é, digamos assim, a afirmação pública e solene de que a comunidade jurídica chama um seu membro à responsabilidade.” (destaquei).

32. Há idêntico posicionamento na doutrina processual civil italiana. Para Bruno Cavallone (*Crítica della teoria delle prove atipiche*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1978. p. 723, nota 124) o juiz não pode buscar, por si mesmo, e fora do processo “fontes materiais

Porém, uma vez reconhecido o direito à prova das partes, a atividade de instrução deve estar prioritariamente nas mãos do acusador e do acusado. Cabe às partes requerer as provas que considerem relevantes para demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados. Somente quando, ao fim da instrução, houver a notícia de uma fonte cuja produção do meio de prova respectivo não foi requerida pelas partes, e o resultado probatório possa tendencialmente gerar elementos de prova logicamente aptos a esclarecer uma alegação de fato penalmente relevante, será possível ao juiz, supletivamente, fazer uso dos seus poderes instrutórios.

Diante da perigosa força expansiva da “tentação inquisitória”, o reconhecimento de poderes instrutórios exige que já tenha sido delimitada a acusação, bem como concluída a produção de todas as provas requeridas pelas partes. Essa demarcação do caráter subsidiário dos poderes instrutórios do juiz é condição para que se respeite a posição prioritária reconhecida ao direito à prova das partes.

Em suma, é possível que a atividade probatória esteja concentrada nas partes, verdadeiros titulares do direito à prova, mas que o juiz tenha poderes instrutórios subsidiários, sem comprometer sua imparcialidade, nas seguintes condições: a primeira, o juiz pode determinar a produção de meios de prova no curso do processo, mas não tem poderes investigatórios para buscar fontes de prova antes de ser formulada a acusação; a segunda, o juiz, no curso do processo, que já está com seu objeto delimitado, deve se limitar a determinar a produção do meio de prova correspondente a uma fonte de prova relevante já existente no processo.

1.3.1.2. A limitação dos poderes instrutórios do juiz aos fatos imputados

Atividade instrutória supletiva do juiz no exercício de seus poderes instrutórios, como já foi esclarecido, pressupõe que já tenha sido oferecida a denúncia ou queixa. Isto é, que ocorra no curso do processo.

Essa limitação, contudo, não se justifica somente do ponto de vista temporal – depois do exercício da ação penal – ou mesmo procedimentalmente pela fase em que se encontra a persecução penal – após a conclusão da instrução, com a produção das provas requeridas pelas partes. A questão substancial é que o poder instrutório do juiz somente poderá ser exercido, uma vez delimitado o objeto da prova, a partir da atividade argumentativa das partes.

Aceitam-se os poderes instrutórios do juiz somente no perímetro traçado pelos fatos imputados pelo Ministério Público e alegados pela defesa, que estabelecem

de prova”, que não tenham sido já identificadas e mencionadas nos autos do processo, sob pena de violar princípios e valores relevantes, como a imparcialidade do juiz, o contraditório, vedação da utilização de conhecimento privado do julgador e a regra de ônus da prova.

o *thema probandum*. Ou seja, nada poderá fazer o julgador, sendo-lhe vedado, por iniciativa própria, determinar a produção de meios de prova com a finalidade de comprovar fatos não alegados pelas partes. Uma obstinada busca pela verdade, em que o juiz possa produzir prova sobre fatos não alegados pelas partes, comprometerá a sua imparcialidade.

Não é de se estranhar que, nos modelos de forte cariz inquisitório, esse limite fosse solenemente ignorado, sob a justificativa maior da “busca da verdade real”. Cite-se, como exemplo, a doutrina de Manzini, para quem “a prova penal é a atividade processual imediatamente voltada para o escopo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real, sobre a imputação ou outra afirmação ou negação que interesse a um provimento do juiz”.³³ A partir de tal premissa mor, afirmava que o juiz penal, uma vez proposta a ação penal, não podia permanecer sujeito à iniciativa ou habilidade de outrem, “não podendo ser constricto a se convencer somente *iuxta allegata et probata* dos outros sujeitos processuais”.³⁴ Nada mais propício a um sistema inquisitório, de concentração de poderes nas mãos do julgador, que é o senhor e dono do processo, devendo buscar toda a verdade para a defesa da sociedade e condenação dos culpados. Nesse sistema a atividade não só probatória, mas também de alegação fática das partes, não pode subordinar ou mesmo limitar o julgador. O juiz é o principal e as partes são o acessório.

Por outro lado, num sistema acusatório, com a alteração da matriz para uma predominância da atividade argumentativa e probatória das partes, em detrimento da onipotência instrutória do juiz do sistema inquisitório, o panorama se inverte.³⁵ Mais do que a atividade probatória, a própria delimitação dos fatos objeto do processo compete à parte, e não ao juiz. O juiz não poderá exercer os seus poderes probatórios em relação a fatos não alegados pela parte, quer estes digam respeito a elementos do crime, quer se trate de qualificadores, causas de aumento ou diminuição de pena ou mesmo circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Não se está, ingenuamente, acreditando que na soma das alegações das partes o juiz terá todo o quadro fático necessário para uma visão completa dos

33. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 6. ed. Torino: UTET, 1967. v. III. p. 231.

34. MANZINI. *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., p. 236-237. E completava: o juiz, assim como o Ministério Público, “deve tutelar o interesse repressivo do Estado e, portanto, pode se convencer livremente, seja valorando os resultados das provas fornecidas pela acusação, seja indagando por sua própria iniciativa, de ofício”. Semelhante é o posicionamento de Eugenio Floriani (*Delle prove penali*: in generale. Milano: Casa Ed. Dott. Francesco Vallardi, 1921. v. I. p. 53): “o princípio da busca da verdade material e efetiva, que rege todo o processo, e o seu caráter altamente público, fazem com ele incompatíveis limitações apriorísticas, ainda que porventura sejam cogitáveis para outras espécies de processo”.

35. Sobre o sistema acusatório e a busca da verdade, cf., infra, item 1.4.

acontecimentos passados. Mesmo sendo a dialética um poderoso meio para a descoberta da verdade, nem sempre esse é o objetivo das partes do processo. As partes normalmente selecionam fatos que lhe favoreçam e omitem fatos que lhes possam ser prejudiciais. Assim, no ambiente processual, a tendência de ampliação cognitiva propiciada pela divisão de conhecimento entre as partes, em posições antagônicas, nem sempre assegurará que o saber produzido seja próximo do ideal.

Uma importante diferenciação, feita em sede de metodologia das ciências sociais, por Norbert Elias, entre *engajamento* e *distanciamento*, tendo como critério a relação do sujeito que conhece com a realidade a ser conhecida, pode ser utilizada em relação às partes no processo.³⁶ Há *engajamento* quando o sujeito tem interesse pessoal e dependente do resultado da sua atividade, que pode lhe trazer prejuízo ou vantagem; há *distanciamento* quando o sujeito desenvolve uma atividade cognitiva sem ter um interesse pessoal ligado ao resultado de tal atividade, mas apenas o interesse de conhecer a realidade, sendo-lhe indiferente o resultado.³⁷ E, com base em tais critérios, afirma que toda parte tipicamente ‘engajada’ formula sobre os fatos hipóteses duplamente parciais: porque essas não compreendem todos os fatos relevantes, mas apenas os fatos idôneos a fundar o pedido da parte (parcialidade = incompletude), e porque esses compreendem somente os fatos diretamente o indiretamente favoráveis à parte que os afirma (parcialidade = partidarismo).³⁸

As partes no processo estão em situação de engajamento, com interesse em ganhar a causa. Não formulam suas versões dos fatos, sendo-lhes indiferente o resultado de procedência ou improcedência, ou, no caso do processo penal, mais especificamente, a condenação ou a absolvição. Não é interesse das partes demonstrar os fatos em sua integralidade, exatamente como ocorreram. Seria ingênuo supor que cada parte, do seu lado, afirma ao juiz e depois deseja provar toda a verdade, somente a verdade, e nada mais do que a verdade! Normalmente não lhe é indiferente o resultado. Ao contrário. O Ministério Público acusa porque acredita que o acusado é culpado e almeja a sentença condenatória. O réu, ressaltados os casos de confissão – e mesmo assim muitas vezes, estas ocorrem com alguma reserva mental – quer ser absolvido ou em caso de condenação, que lhe seja imposta a menor sanção possível.

Portanto, embora seja correto considerar que a existência de narrativas antagônicas é melhor que a versão única dos fatos, isso não significa que a soma

36. Michele Taruffo (Elementi per un’analisi del giudizio di fatto. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 240-241, cita a obra de Norbert Elias, *Coinvolgimento e distacco*. Saggi di sociologia della conoscenza, trad. it. Bolonha, 1988, p. 19 aa., 23 e ss. Preferiu-se traduzir a dicotomia para engajamento/distanciamento, por ser mais fiel ao título original da obra: *Engagement und Distanzierung. Arbeiten zur Wissenssoziologie I*. Editado por Michael Schröter. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

37. TARUFFO, Elementi per un’analisi del giudizio di fatto..., cit., p. 240-241.

38. TARUFFO, Elementi per un’analisi del giudizio di fatto..., cit., p. 240-241.

dessas duas partes seja igual ao todo. De qualquer modo, eventual incremento em termos de busca da verdade, caso se admitisse que o juiz pudesse produzir provas de fatos não afirmados pelas partes, já que ele seria um sujeito “destacado” e sem interesse outro que a descoberta da verdade, não compensaria o enorme o risco de perda da imparcialidade. Logo, o ponto de equilíbrio está em admitir que o juiz possa determinar prova tendo por objeto fatos narrados pelas partes, na imputação ou na defesa, e que já constituam o *thema probandum*. Por outro lado, ao juiz não é permitido criar hipóteses fáticas novas, não alegadas pelas partes, e para confirmá-las, determinar a produção de prova de ofício.

Se as partes têm nos fatos imputados ou naqueles constantes da resposta à acusação uma baliza para requerer a produção das provas de suas alegações, é evidente que o julgador, igualmente, não poderá ultrapassar tais limites. Iniciativas probatórias do juiz somente podem ser aceitas em caráter excepcional. Além disso, devem ser contidas nos limites traçados pela acusação e pela defesa em suas alegações.³⁹

Em suma, admite-se os poderes instrutórios do juiz que lhe permitem determinar a produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova que já se tem notícia no processo, desde que respeitado o pressuposto inafastável do seu exercício: ao juiz somente é possível determinar a produção de provas sobre alegações dos fatos objeto do processo, definidos pelo acusador, ao realizar a imputação na denúncia ou queixa.⁴⁰ Também poderá fazê-lo, com vista a fatos narrados pela defesa e que ampliem o objeto de cognição do julgador, como alegações de excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

1.3.1.3. A produção de provas pelo juiz e o respeito ao contraditório de partes

O respeito ao perímetro traçado pelos fatos alegados pelas partes é um limite aos poderes instrutórios do juiz, que atua previamente à determinação judicial

39. ORLANDI, Renzo. L’attività argomentativa delle parti nel dibattito penale. In: FER-
RUA, Paolo et al. *La prova nel dibattito penale*. Torino: G. Giappichelli, 1999. p. 14.

40. Destaque-se que a limitação dos poderes instrutórios do juiz ao perímetro traçado pelos fatos que integram o objeto do processo é reconhecida mesmo por quem defende os poderes instrutórios do juiz, inclusive no processo civil. Nesse sentido, na doutrina nacional: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 154. Na Espanha: PICÓ I JUNOY, Juan. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probate, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch Procesal, 2007. p. 117-118. No mesmo sentido, na doutrina argentina: VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. p. 148. Na doutrina italiana: CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, 1978. p. 723, nota 12; TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, 1990. p. 434.

de produção de um meio de prova de ofício. Há, também, um importante fator de controle dos poderes instrutórios do juiz, embora atuante *ex post*: o contraditório. Sempre que for determinada a produção de provas de ofício pelo juiz, deve ser respeitado o contraditório, como “um poderoso fator de contenção do árbitro do juiz”.⁴¹

Se for determinada a juntada de documento, em respeito ao contraditório, é imperiosa a necessidade de abertura de prazo para manifestação de ambas as partes,⁴² seja do ponto de vista argumentativo, seja requerendo a produção de nova prova de confronto. Ao mais, por exemplo, diante de um documento novo, poderiam as partes, por exemplo, suscitar o incidente de falsidade documental.

Por outro lado, não basta assegurar que, contemporaneamente, a parte possa participar da produção da prova e, posteriormente, possa argumentar sobre a prova produzida. É necessário mais. Determinada e produzida a prova de ofício pelo juiz, o respeito ao contraditório exige que o juiz conceda às partes prazo para eventualmente requerer a produção de prova contrária e, nesse caso, sem a necessidade de valorar a pertinência e relevância, para demonstrar que os fatos constantes do meio de prova cuja produção foi determinada por iniciativa do juiz não seriam verdadeiros.⁴³

1.3.2. O contraditório

Mais do que uma garantia constitucional, o contraditório tem sido considerado como integrante do próprio conceito de processo. Aliás, é exatamente a presença do contraditório que permite distinguir o processo do procedimento.⁴⁴ Na concepção de Fazzalari, *processo é procedimento em contraditório*.⁴⁵ O Autor

41. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 115.

42. O art. 398 do ab-rogado Código de Processo Civil de 1973 dispunha: “Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”. Se o contraditório deve ser observado em relação à prova documental produzida pela parte contrária, com maior razão o deverá sê-lo no caso de prova produzida, *ex officio*, pelo juiz.

43. Como explica Giuseppe Tarzia (*Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 115-116) “o exercício do poder instrutório de ofício, em qualquer momento do processo, reabrirá os termos para uma nova instrução, se ela se tornar após a produção das provas propostas pelas partes, mas exclusivamente sobre os fatos admitidos como tema de prova pelo juiz e sobre os quais destinados a contestar existência ou informar a relevância”.

44. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1987., p. 95; GRINOVER, Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória..., cit., p. 4, nota 18.

45. FAZZALLARI, Elio. *Processo (teoria generale)*. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. v. 13. p. 1067-1076; Idem. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova:

considera essencial ao processo a participação dos interessados no provimento final, embora essa participação seja um elemento necessário, mas não suficiente do conceito de processo.⁴⁶ Para que haja processo, essa participação deverá se dar por meio do *contraditório*. No processo, os poderes, deveres e as faculdades pelas quais se exerce a participação são distribuídos pela lei entre autor e réu, de maneira a atuar uma efetiva correspondência e equivalência entre as várias posições processuais. A essa estrutura corresponde o desenvolvimento dialético do processo: a simetria de posições subjetivas, sendo que a sua substancial paridade traduz-se, para todos os participantes, na possibilidade de interlocução não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, de reação e de escolha, bem como na necessidade de submeter-se a controles as reações de outrem.⁴⁷

Para os fins da presente obra, menos importante do que definir o conceito de processo é destacar como o contraditório e a dialética das partes são fundamentais para o processo e, portanto, ao exercício da jurisdição penal. No que diz respeito ao juízo de fato, ponto de interesse da epistemologia judiciária, o respeito à garantia do contraditório impõe que o procedimento probatório estabelecido pelo legislador se desenvolva em contraditório de partes, perante o juiz.⁴⁸

Esse caráter dialético decorre do próprio conteúdo da garantia do contraditório. Na doutrina nacional, é clássica a definição de contraditório formulada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.⁴⁹ Em tal definição destacam-se dois aspectos fundamentais do princípio do contraditório: a informação e a reação. Tais elementos são também a base para outra definição bastante usual na doutrina nacional, que acolhe a conceituação de Sergio La China, de contraditório como informação necessária e possibilidade de reação.⁵⁰ De se ressaltar que, no campo

Cedam, 1989, p. 58. Destaque-se que, no caso do processo jurisdicional, que é “o processo por antonomásia”, para Fazzalari (*Processo (teoria generale)* ..., cit., p. 1075), além do contraditório entre as partes, há outras características típicas da função jurisdicional: a independência e estraneidade do autor do provimento final, que é o juiz, em relação à realidade substancial, que é o pressuposto do processo e é deduzida em juízo; e a irrevogabilidade do provimento final do processo. Apenas nos casos em que essas características se apresentem conjuntamente é que se pode falar em processo jurisdicional, visto que todas elas são indispensáveis ao desenvolvimento da atividade jurisdicional.

46. FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*..., cit., p. 1069.

47. FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*..., cit., p. 1072.

48. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 54.

49. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 110.

50. Para Sergio La China (*L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 394) o “princípio do contraditório se articula, nas suas

penal, mais do que simplesmente possibilitada, a reação tem que ser efetiva.⁵¹ É necessário estimular e buscar a realização da reação para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe por meio de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, atingindo uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja a mais justa.⁵²

Além disso, a garantia do contraditório tem uma função política de legitimar o resultado do exercício do poder, por permitir que os destinatários de tal ato participem ativamente da sua construção.⁵³ No caso do processo, é assegurado às partes o direito de argumentar e contra argumentar, produzir provas e contraprovas e influenciar o convencimento do juiz que irá proferir a sentença.

Todavia, com vistas à proposta de um modelo de epistemologia judiciária, apto a permitir que o processo funcione como um instrumento cognitivo que privilegie como fim institucional a busca da verdade – embora não seja esse um valor absoluto –, o aspecto mais importante do contraditório é a sua inegável função heurística.⁵⁴

O contraditório é indispensável no processo, como dizia Calamandrei, “não para exacerbar as discussões das partes ou para dar vazão à eloquência dos advogados, mas no interesse da justiça e do juiz, que precisamente na oposição dialética das defesas opostas encontra sem dificuldade o melhor meio para ver diante de si, iluminado sob os mais diversos perfis, toda a verdade”.⁵⁵

manifestações técnicas, em dois aspectos ou tempos essenciais: informação, reação; necessária sempre a primeira, eventual a segunda (mas necessário que seja possibilitada!)”.

51. Ambos os conceitos propugnam pela obrigatoriedade ou necessidade de informação, mas, quanto à reação, basta que essa seja possibilitada. Em outras palavras, trata-se de reação possível.
52. Grinover (Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória..., cit., p. 12), partindo da indisponibilidade da relação material subjacente ao processo penal, afirma que “a reação, no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica entre as partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando para tanto seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrio entre os ofícios da acusação e defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes”. No mesmo sentido: DINAMARCO. O princípio do contraditório, cit., p. 96.
53. Para Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais...*, cit., p. 139), sob essa ótica sociológica, o contraditório tem a função de legitimar a decisão final.
54. MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais...*, cit., p. 39.
55. CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I. p. 682. Ressalve-se que, nem sempre a dialética argumentativa das partes

Na dialética processual, o contraditório possibilita o funcionamento de um modelo de ação e reação das partes, cada qual tendo a possibilidade de, diante da posição de seu contendor, indagar e de verificar os contrários.⁵⁶ Do ponto de vista heurístico, o contraditório representa garantia epistemológica para a busca da verdade.⁵⁷ O objeto do juízo de fato serão afirmações conflitantes, que surgirão num procedimento em que cada parte dará a sua contribuição, seja argumentando e contrariando os argumentos do contendor, seja produzido as provas que confirmem suas asserções bem como refutem as afirmações fáticas da parte contrária. As opiniões e provas contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade da ocorrência de erros.⁵⁸

Mesmo no âmbito científico, alertava Popper que “exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. [...] Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam”.⁵⁹

coloca como objeto do processo todos os fatos em sua inteireza. Além disso, a dialética probatória, obviamente, nem sempre possibilita o conhecimento de “toda a verdade”.

56. DE LUCA, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992. p. 1261.
57. Nesse sentido: CALAMANDREI, La dialetticità del processo..., cit., p. 682; FERRAJOLI, *Diritto e ragione...*, cit., p. 763; BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo...*, cit., p. 92; FERRUA, *Contradditorio e verità nel processo penale...*, cit., p. 76; COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993. p. 481; UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 90; Idem. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 36; Idem, *Profili di epistemologia giudiziaria...*, cit., p. 63; NOBILI, Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula..., cit., p. 40; ANDRÉS IBÁÑEZ. A argumentação probatória e sua expressão na sentença, cit., p. 35. Na doutrina pátria: GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 313; TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, nov. 2000. p. 92; MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais...*, cit., p. 39.
58. Nesse sentido: ZAPPALÀ, Enzo. Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio. *Diritto Penale e Processo*, n. 7, 1998. p. 888; MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação da decisão penal...*, cit., p. 39.
59. POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Trad. Octany S. da Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Ed. Cultrix/Ed. IUSP 1980. p. 104-105.

Essa busca pela crítica e a necessidade de verificação de uma hipótese científica, para sua posterior confirmação e justificação por dados empíricos, que no mundo científico é artificial, no processo decorre da sua própria estrutura dialética, em que há partes contrapostas na qual uma formula a tese e a outra a antítese, permitindo que o juiz chegue a uma síntese de melhor qualidade.

Aliás, toda hipótese é um enunciado sujeito à verificação.⁶⁰ Ao se verificar uma hipótese, coloca-se à prova o seu valor explicativo. Logo, para que a hipótese acusatória possa ser considerada válida, no sentido de serem verdadeiros os fatos nela enunciados, ela precisa primeiro ser confirmada por provas que lhe deem suporte e, também, resistir às hipóteses contrárias apresentadas pela defesa.

Em se submetendo a versão dos fatos de cada um dos atores processuais ao controle, bem como havendo a produção de provas por cada um deles, interessados em provar a sua versão e também demonstrar a falsidade ou, ao menos, enfraquecer o suporte probatório dos fatos diversos alegados pela outra parte, o juiz terá um material probatório amplo para verificar qual hipótese fática será considerada verdadeira. Nesse confronto de perspectivas diversas, a verdade será considerada como o resultado do paralelograma de forças que interagem no desenvolvimento do processo.⁶¹

Em suma, o contraditório é uma garantia processual fundamental, integrando o próprio conceito de processo, e ao permitir o funcionamento de uma estrutura dialética no desenvolvimento da atividade das partes, também tem uma relevantíssima função heurística. É necessária jurídica e epistemologicamente.

1.3.2.1. O direito à prova das partes

Entre as atividades necessárias à tutela dos direitos postulados pelas partes, sobressai a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas pelo autor e à resposta apresentada pelo réu.

Essa atividade relevantíssima deve ser exercida prioritariamente por quem? Pelo juiz ou pelas partes?

Não é exagero afirmar que o reconhecimento do direito à prova das partes é “um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”.⁶²

60. Nesse sentido: HEMPEL, Carl G. *Filosofia da ciência natural*. Trad. Plínio Sussekind Rocha. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1974. p. 32; ANDRES IBÁÑEZ, Sobre a motivação dos fatos na sentença penal, cit., p. 96.

61. PASTORE, *Decisioni, argomenti, controlli...*, cit., p. 109.

62. Delfino Siracusano, Le Prove, SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. I. p. 348.

Para confirmar a assertiva, basta notar a mudança ocorrida no âmbito do processo penal italiano, com a passagem de um modelo marcadamente inquisitório, com a atividade probatória centrada no juiz, para um modelo fortemente acusatório, em que se reconheceu o direito à prova e a atividade probatória passou a ter as partes como protagonistas. No ab-rogado *Codice di Procedura Penale* de 1930, incumbia ao juiz instrutor a realização de todos os atos necessários ao “accertamento della verità”.⁶³ Já no vigente *Codice di Procedura Penale* de 1988, o artigo 190 assegura o direito à prova as partes prevendo que “as provas são admitidas somente por requerimento das partes”.⁶⁴ E o artigo 187 prevê que são objeto de prova: “os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena e da medida de segurança”; “os fatos dos quais depende a aplicação de normas processuais”; “os fatos inerentes à responsabilidade civil decorrente do delito”.⁶⁵

Assim, o direito à prova constitui um aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa a negação da própria ação e da defesa para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão.⁶⁶ Por outro lado, num processo de partes, os meios de prova produzidos em contraditório devem constituir a única fonte de cognição.⁶⁷

A estreita ligação do contraditório com o direito à prova demonstra que a atividade instrutória deve ser realizada, fundamentalmente, pelas partes.⁶⁸ O juiz será o destinatário e não o produtor da prova. Isto é, ao juiz cabe o papel de valorar os meios de prova requeridos pelas partes, admitidos por ele e produzidos em contraditório.

63. O ab-rogado *Codice di Procedura Penale* de 1930, no art. 299, comma 1º dispunha que: “Il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione appaiono necessari per l’accertamento della verità”.

64. Art. 190.1 estabelece que “l’he prove soma ammesse a richiesta di parte.”

65. *Codice di Procedura Penale*, art. 187, 1º, 2º e 3º comma, respectivamente.

66. TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 185.

67. Sobre as exceções a tais regras, cf., infra, cap. 3, item 3.5.2.

68. Essa posição é mais forte ainda para quem, como nós, considera que o Ministério Público não é uma “parte imparcial”. No processo penal o Ministério Público é parte, e parte interessada. Ao formular a acusação, embora esteja buscado o acertamento judicial sobre a ocorrência ou não do fato crime imputado ao acusado, o Ministério Público já se convenceu previamente da culpabilidade e buscará prová-la. Embora para o exercício da ação penal não se exija a certeza da autoria, o representante do Ministério Público, quando acusa, certamente entende que esta é a hipótese mais provável. Mais do que isso, ao oferecer a denúncia, o Promotor de Justiça acredita que, ao cabo da instrução, conseguirá provar, além de qualquer dúvida razoável, a tese da acusação. Foge ao escopo da tese desenvolver o tema. Para uma análise dos argumentos que justificam a posição, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Onus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 207-225.

Aliás, no direito estrangeiro dos países da chamada *civil law*, predomina o entendimento de que direito à prova tem natureza constitucional, mesmo não havendo previsões expressas nas Constituições de um direito à prova ou direito de produzir provas em juízo.⁶⁹

No sistema processual anglo-americano, o *right to evidence* é conatural ao estilo competitivo do processo, em que a iniciativa probatória das partes, sendo reconhecida como direito fundamental de ser ouvido em juízo, engloba o direito a apresentar provas e interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário.

No Brasil, como não poderia deixar de ser, prevalece o mesmo entendimento. Os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova, como aspecto

69. No direito Espanhol, a doutrina entende que o direito à prova é extraível do art. 24.2 da Constituição que assegura: “Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa”. Quanto ao conteúdo de tal direito, a doutrina entende que o direito à prova é aquele que assegura ao litigante a utilização de todos os meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão julgador acerca dos fatos debatidos no processo (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed., 1996. p. 18-19). Na Itália, com base no art. 24 da Constituição de 1948, que assegura o direito de defesa, chegou-se à compreensão de que a regra constitucional não se limita a garantir às partes o direito a um defensor ou o mero direito de expor as próprias razões ao juiz. Mais do que isso, numa definição de Vassali que se tornou clássica, o direito de defesa assegura o “diritto di difendersi provando”, ou seja, o direito de não ver diminuída a possibilidade de defesa através de uma restrição arbitrária dos meios de prova oferecidos ao juiz ou do objeto da prova proposta (VASSALI, Giuliano. *Il diritto alla prova nel processo penale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1968. p. 12). O reconhecimento da natureza constitucional do direito à prova passou a ser explícito com a Lei Constitucional 2, de 23 de novembro de 1999, que inserindo os princípios do justo processo no artigo 111 da Constituição italiana, estabeleceu no 2º *comma*, que: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.” E, o 4º *comma* do mesmo artigo ainda assegura: “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”. Na Alemanha, Nicolò Trocker (*Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè: Milano, 1974, p. 722 ss.) explica que o direito à prova não se exaure na faculdade de produzir os meios representativos dos fatos deduzidos em juízo, mas uma verdadeira pretensão de ver admitidas as provas propostas perante o juiz (*Beweiserhebungsanspruch*). Em Portugal, as garantias do processo são estabelecidas no art. 32 da Constituição, que não prevê expressamente o direito à prova. Todavia, na doutrina, Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O ônus da prova na jurisdição das liberdades. Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 169-170) observa que: “o direito constitucional à prova surge, a maior das vezes, ou dissolvido nos princípios de direito e processo penal constitucionalmente consagrados (‘direito de defesa’, ‘direito ao contraditório’, ‘direito de intervenção no processo’, ‘proibição de provas ilícitas’) ou associado ao direito e tutela jurisdicional”; o que implica “deslocar o direito à prova do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”. E, quanto ao seu conteúdo, arremata: “o direito constitucional à prova abrange o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido restrito (alegando matéria de fato e procedendo à demonstração da sua existência)” (O ônus da prova..., cit., p. 170, destaques no original).

insuprimível das garantias da defesa e do contraditório, encontram confirmação e reforço no texto constitucional que, além de consagrar tais garantias, também assegura que “ninguém será privado de sua liberdade [...] sem o devido processo legal” (art. 5º, *caput*, LIV).

O direito à prova caracteriza um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação* e de *defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.⁷⁰

Especificamente em relação ao processo penal, o direito à prova está expressamente previsto no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷¹ Diante disso, o direito à prova de defesa, em processo penal, configura não somente decorrência dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, mas, também, regra de direito positivo, integrada ao nosso ordenamento, com a adesão do Brasil aos citados tratados de direitos humanos. Tudo isso demonstra que não se pode negar às partes o direito à prova, devendo a elas caber a gestão da prova no processo penal.

Reconhecido o direito à prova das partes, a elas caberá o papel de requerer a produção dos meios correspondentes. E, ainda que se admita que os poderes instrutórios do juiz possam conviver com o direito à prova das partes, o primeiro e mais elementar limite a tais poderes é que sua utilização se dê em caráter supletivo

70. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 84. Acrescenta, ainda, que o conteúdo desse direito envolve cinco momentos distintos: investigação, propositura, admissão, produção e, por fim, valoração da prova (Ibidem, p. 88).

71. O direito à prova é assegurado no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 14.3.e, que garante a todo acusado o direito “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação” (destaquei). De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, igualmente assegura aos acusados, no art. 8.2.f: “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (destaquei). Embora os dispositivos citados se refiram à prova testemunhal, prevalece o entendimento de que seu âmbito de proteção assegura o direito à prova de qualquer natureza, e não apenas às fontes de provas orais: MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal...*, cit., p. 74. No mesmo sentido, na doutrina italiana, referente ao art. 6.3.e, da CEDH, cf. UBERTIS, Giulio. *Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Verso un “giusto processo” penale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 89-90.

da atividade das partes. Isso é resultado do câmbio de uma visão do processo em que cabia ao juiz o protagonismo, sendo o ator principal da atividade probatória, com um papel secundário e complementar dos sujeitos interessados, passando para um modelo diverso, para não se dizer oposto, em que se confere às partes o direito à prova, restando ao julgador poderes subsidiários de produção da prova, visando esclarecimentos fundamentais que não foram trazidos ao processo pela atividade regular e principal dos sujeitos parciais.

Em suma, sendo reconhecido um direito à prova para as partes, como condição para poder demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, a atividade instrutória deve se concentrar em suas mãos, não nas do juiz. As partes são as titulares do direito à prova e os sujeitos principais da sua produção. Caso se admita que o juiz, nesse sistema, tenha poderes instrutórios para, de ofício, determinar a produção de prova não requeridas pelas partes, eles terão que ser subsidiários e complementares.

1.3.3. A presunção de inocência

A garantia da presunção de inocência integra o conjunto de garantias do devido processo penal, sendo um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório.⁷² É um componente basilar de um modelo processual penal que respeite a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana.⁷³ A presunção de inocência, já dizia Carrara, “procedono da dogmi di assoluta ragione”, e funciona como “assoluta condizione della legittimità del procedimento, e del giudizio”.⁷⁴

Não seria exagero considerá-la pressuposto de todas as outras garantias do processo penal. Trata-se de garantia que marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. Não mais uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*. O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva. De outro lado, lhe é assegurado, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. A prova da imputação cabe à acusação e integralmente à acusação.

72. PISANI, Mario. Sulla presunzione di non colpevolezza. *Il Foro Penale*, 1965. p. 3.

73. CHIAVARIO, Mario. La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo. *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2. p. 76.

74. CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale (prolusione al coso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa). *Opuscoli di diritto criminale*. Lucca: Tipografia Giusti, 1874. v. V. p. 18.

Além disso, no plano dos diplomas internacionais de direitos humanos, a presunção de inocência integra o conjunto de garantias mínimas dos acusados,⁷⁵ sendo reconhecida como essencial ao processo penal équo.⁷⁶

No campo probatório, aponta-se como corolário da presunção de inocência a regra de julgamento do *in dubio pro reo*.⁷⁷ Trata-se, assim, da regra a ser utilizada pelo juiz, sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo.⁷⁸ O reflexo da presunção de inocência na disciplina do acerto penal se liga à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação judicial da imputação penal, isto é, da ocorrência de um delito e a sua autoria. E, nesse sistema, a presunção de inocência garante que, para a prolação de uma sentença condenatória, será necessário provar a culpa do acusado.⁷⁹ Por outro lado, se houver dúvida sobre qualquer dos elementos do crime, ou acerca da autoria delitiva, o acusado será absolvido, sendo mantido seu estado inicial de inocência.⁸⁰

Por que absolver na dúvida?

Do ponto de vista puramente lógico, não haveria justificativa para a adoção da presunção de inocência, em seu aspecto de regra de julgamento, caracterizada pelo *in dubio pro reo*.

75. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no item XI.1, assegura: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei [...]”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também garante, no art. 14.1, primeira parte, que: “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito *presumida inocente* até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida [...]”. No âmbito regional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece, no art. 6.2, que: “Qualquer pessoa acusada de uma infração *presume-se inocente* enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também garante, no art. 8.2, que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se *presuma sua inocência*, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

76. CHIAVARIO, La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo..., cit., p. 76.

77. Nesse sentido: MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 39; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 76.

78. Nesse sentido: CHIAVARIO, Mario. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991. p. 358; IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione...*, cit., p. 230.

79. PISANI, Sulla presunzione di non colpevolezza..., cit., p. 3.

80. O princípio da presunção de inocência, segundo Perfecto Ibáñez (Sobre a motivação dos fatos na sentença penal, cit., p. 83) tem “um papel central na epistemologia judicial, na qual não se limita a operar como regra de juízo, senão como verdadeiro eixo do sistema”.

Considerando hipoteticamente o total de indivíduos de uma determinada sociedade, é intuitiva a afirmação de que a maioria das pessoas é inocente. Certamente é menor o número de delinquentes que a quantidade de pessoas honestas.⁸¹ Pimenta Bueno já dizia que “a presunção natural é a de inocência”,⁸² utilizando a palavra “presunção” no sentido vulgar de conclusão extraída de *id quod plerumque accidit*. Todavia, reduzindo o universo da amostra, e tomando por base não mais a totalidade dos indivíduos de uma sociedade, em um certo momento histórico, mas apenas o conjunto de acusados em processos penais, independentemente do local e do momento histórico, essa prevalência seria mantida? Desde logo, não há como chegar a uma conclusão fundada na realidade dos fatos. O que se pode tomar como parâmetro objetivo é o resultado dos processos, admitindo-os como corretos. Isto é, em caso de sentença penal condenatória transitada em julgado, os acusados serão tidos como culpados; no caso de absolvições não mais sujeitas a recursos, serão considerados inocentes. Mesmo não dispo de estatísticas, não parece equivocada a premissa de que os acusados são, em sua maioria, condenados ao final do processo.⁸³

Assim sendo, do ponto de vista puramente lógico, não há como negar razão a Manzini quando considerava que a presunção de inocência é uma “absurdidade

81. Nesse sentido: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2014. p. 94; MALATESTA, Nicola. *Frammarino dei. La logica delle prove in criminale*. 3. ed. Torino: Utet, 1912. v. I. p. 126; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 82; DOMINIONI, Oreste. *La presunzione d'innocenza. Le parti nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 220; GIULIANI, Alessandro. *Prova*. (Filosofia del diritto). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. XXXVII. p. 525.

82. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Ed. atualizada por José Frederico Marques. São Paulo: Ed. RT, 1959. n. 239. p. 431.

83. Há razões endoprocessuais para o predomínio de condenações sobre as absolvições no processo penal. Primeiro há uma investigação estatal prévia dos fatos, realizada pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Além disso, a investigação tende a ser temporalmente próxima da ocorrência dos fatos, o que facilita a obtenção de fontes de prova e evita a dispersão ou perda de elementos, seja pelo esquecimento, em relação a fontes pessoais, seja pela perda, destruição ou modificação natural, em se tratando de fontes reais. Se essa investigação não fornecer um suporte probatório mínimo da ocorrência do delito e de sua autoria, não haverá justa causa para ação penal, cabendo a manifestação pelo arquivamento da investigação preliminar. Assim, somente se houver *fumus commissi delicti*, é que a denúncia ou queixa deverá ser oferecida pelo acusador e, depois, recebida pelo juiz. Portanto, recebida a denúncia, do ponto de vista probatório, a imputação já parte com um suporte probatório inicial consistente, que permita considerar a ocorrência do crime imputado mais provável que sua inoocorrência! A instrução servirá para robustecer as provas, que permitirão atingir um *standard* probatório ainda mais elevado que, por ora, pode ser identificado, com a prova além de qualquer dúvida razoável. Em suma, o processo penal não se inicia com base na mera asserção do autor, mas com uma imputação já amparada em um conjunto consistente de elementos de prova. Não poderá, pois, ser uma mera criação mental do acusador.

teórica”,⁸⁴ algo “paradoxal e irracional”, segundo a ordem natural das coisas, na medida em que, se para o início do processo, a acusação já está parcialmente provada, pelos indícios em que se fundada a imputação, o que deve ser presumida é a culpabilidade do acusado.⁸⁵

Aliás, a presunção de inocência também já havia sido combatida pela Escola Positiva, que contestou sua racionalidade e importância garantista, condicionando a sua validade a aspectos contingentes da investigação.⁸⁶ Não haveria sentido em presumir a inocência de um acusado que já foi pronunciado; e seria um absurdo, no caso de prisão em flagrante ou de confissão, e, principalmente, após uma condenação não definitiva.

O fundamento da presunção de inocência, contudo, não é lógico, mas axiológico.

Trata-se de uma escolha política orientada pela preservação da liberdade como valor fundamental do ser humano.⁸⁷ Não há nenhuma razão lógica para se preferir o *in dubio pro reo* ao *in dubio pro societate*. Os critérios lógicos baseados na probabilidade, ou na normalidade da ocorrência dos fatos a serem provados, que se aplicam ao processo civil, cedem a um *critério político* no campo penal.⁸⁸ Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente.⁸⁹ Ou seja, o *in dubio pro reo* revela o conteúdo garantista do ônus da prova no processo penal.⁹⁰

84. MANZINI, Vincenzo. *Manuale di procedura penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1912. p. 54.

85. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 6. ed. Torino: UTET, 1967. v. I. p. 226.

86. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza...*, cit., p. 222.

87. De modo semelhante, para Francesco Carnelutti (Prove civili e prove penali. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925. p. 13) a máxima *in dubio pro reo* não responde a uma exigência lógica, mas deontológica.

88. SARACENO, Pasquale. *La decisione sul fatto incerto*. Padova: Cedam, 1940. p. 178. Na doutrina italiana, Illuminati (*La presunzione d'innocenza dell'imputato...*, cit., p. 92) explica que a presunção de inocência, como regra de julgamento, muito além de um expediente técnico, “assume uma precisa conotação política”. De modo semelhante, na doutrina portuguesa, Alessandra Vilela (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 70) lembra que “não há qualquer fundamento lógico-jurídico para a presunção de inocência do arguido. Trata-se tão só de um princípio com fundamento político fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização. Princípio que se traduz no risco de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar um inocente”.

89. Segundo Illuminati (*La presunzione d'innocenza dell'imputato...*, cit., p. 91) “la regola di giudizio, in sostanza, indica di volta in volta quale sia l'interesse sostanziale cui si deve dar la prevalenza”. No mesmo sentido: PAULESU, Pier Paolo. *Presunzione di non colpevolezza*. *Digesto: discipline penalistiche*. 4. ed. Torino: Utet, 1995. v. IX. p. 675.

90. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal...*, cit., p. 300.

Ainda assim, ao definir como o juiz deve decidir em caso de dúvida, a garantia da presunção de inocência é epistemologicamente neutra. Se dúvida há é porque não foi possível obter um conhecimento verdadeiro sobre os fatos. O problema gnoseológico já foi superado. Não se conheceu a verdade. Resta o problema jurídico. É preciso decidir sempre, e para decidir, em caso de dúvida, é necessário um guia legal da decisão. No caso: *in dubio pro reo*.

Por outro lado, para quem considera que a presunção de inocência implica, por si só, na adoção, no processo penal, de um *standard* de prova mais elevado, ou até mesmo, o mais elevado possível, seja ele identificado como o *beyond a reasonable doubt*, ou outra forma qualquer de expressá-lo, nesse caso, há uma interferência por razões políticas, em um tema que condiciona o atingimento da verdade.⁹¹

1.3.4. A motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais apresenta uma dupla finalidade. Sob uma ótica individualista, isto é, considerando a finalidade que a motivação desempenha no processo, levando-se em conta apenas o interesse das partes, a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal. Trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando a sua finalidade técnico-processual.

Por outro lado, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre tal atividade. No primeiro caso, temos uma garantia para as partes, destacando-se a função endoprocessual da motivação. Já sob o enfoque da sociedade, a motivação apresenta uma relevância extraprocessual.

Com relação ao seu caráter interno, ou endoprocessual, a motivação não é uma descrição do raciocínio judicial. Não se trata de uma descrição do *iter* psicológico seguido pelo juiz na confecção da decisão.⁹² Aliás, se assim o fosse, somente no último momento, quando se findasse a motivação, o juiz saberia se a causa seria julgada procedente ou improcedente. Na verdade, a motivação é uma exposição, ou melhor, uma justificação da decisão. Nas palavras de Foschini, a motivação é uma “argumentada conclusão”, ou uma “concludente argumentação”.⁹³ A motivação da sentença apresenta-se, portanto, como uma “justificação racional das escolhas do juiz”.⁹⁴

91. Essa relação será objeto de análise específica, no cap. 3, infra, item 3.6.2.1.

92. Para uma análise do raciocínio judicial na formação da decisão: CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*. *Opera Giuridica*. Napoli: Morano, 1965. v. I. p. 11 e ss.

93. FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. v. II. p. 539.

94. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 421. Para Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais...*, cit., p. 242) trata-se de um “discurso justificativo”

A doutrina tem apontado, como requisitos para que a motivação seja considerada válida, que ela seja *expressa, clara, coerente e lógica*.⁹⁵ Com relação ao seu conteúdo mínimo, para Taruffo, a motivação compreende: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação: 1.1) à individualização das normas aplicáveis; 1.2) à análise dos fatos; 1.3) à qualificação jurídica dos fatos; 1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.⁹⁶

Ainda dentro da função endoprocessual, a obrigação de motivação das decisões judiciais se relaciona com a possibilidade de impugnação do ato decisório. No caso da atividade recursal, o conhecimento das razões de decidir que levaram à prolação do ato impugnado é relevante não só para a parte prejudicada, mas também para possibilitar ao próprio órgão jurisdicional de segundo grau um melhor controle da atividade jurisdicional de primeiro grau.⁹⁷ Há, assim, um caráter público, visto que permite ao próprio Estado o controle da sua atividade.⁹⁸

Já o caráter extraprocessual da motivação, ou sua função político-axiológica, é destacado pela Constituição. A garantia da motivação vem estabelecida na disciplina do Poder Judiciário. Muito mais que uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional.⁹⁹ A motivação confere “transparência” à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça.¹⁰⁰ No aspecto extraprocessual, a motivação tem por destinatário *quisque de populo*, e não apenas as partes ou os magistrados integrantes dos tribunais

95. Nesse sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 18-21, com ampla análise doutrinária.

96. TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile...*, cit., p. 467. A este esquema Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades no processo penal*, cit., p. 201) acrescentam “consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos”.

97. Nesse sentido: AMODIO, *Motivazione della sentenza...*, cit., p. 188; MARCHEIS, Chiara Besso. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 265.

98. BELLAVISTA, Girolamo. *Contributo allo studio della patologia della motivazione della sentenza penale*. *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1976. v. IV. p. 164.

99. Essa tendência é encontrada em várias constituições modernas, que preveem a garantia da motivação no capítulo do Poder Judiciário. A Constituição italiana de 1947, em seu art. 111, § 1º, estabelece que “tutti i provvedimenti giurisdizionale devono essere motivati”. A Constituição portuguesa de 1974, no art. 205, § 1º, determina que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente serão fundamentadas na forma prevista na lei”. A Constituição espanhola de 1978 prevê, no art. 120, § 3º, que “las sentencias serán siempre motivadas”.

100. Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 124; SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento...*, cit., p. 14.

que poderão rever o julgado.¹⁰¹ É por meio da motivação que a população em geral poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento.¹⁰² Em suma, é a motivação uma garantia de controle democrático sobre a administração da justiça.¹⁰³

Além disso, em tempos de comunicações instantâneas em redes sociais e de facilidade de acesso às decisões de tribunais por meio da rede mundial de computadores, mormente nos últimos tempos, em que o processo penal se tornou objeto de grande interesse dos cidadãos, mesmo que leigos, não é pouco realístico pensar que esse controle será efetivamente exercido. Mas, ainda que isso não venha a ocorrer de fato, como lembra Taruffo, a respeito da finalidade extraprocessual da motivação, é essencial que esse controle “possa” ser exercido, devendo o juiz se comportar sempre “como se” estivesse dando satisfação diretamente à opinião pública das razões de sua decisão, pois exatamente nisso reside a função essencial da garantia da motivação.¹⁰⁴ É evidente que isso não significa que o juiz deve decidir para satisfazer ou atender a opinião pública. Muitas vezes, por exemplo, uma Corte Constitucional necessita ser contramajoritária, para garantir os direitos fundamentais das minorias, mas essa justificação precisa ser passada para a opinião pública.

A motivação é uma garantia do processo e um potente instrumento de controle da valoração da prova. A necessidade de motivar exige que o juiz adote critérios racionais de valoração, pois desse modo a justificação de suas escolhas poderá ser explicada de maneira acessível a todos. De outro lado, se não se exige a motivação do juízo de fato, como no caso do tribunal do júri, o único modo de assegurar normativamente que não sejam tomadas decisões com base em provas pouco ou nada confiáveis, é determinando a sua exclusão do processo.¹⁰⁵ Em tal caso, poderá haver

101. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile...*, cit., p. 407.

102. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 87; GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 34; MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 163-164; SCARANDE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 127; CAVALO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Jovene, 1936. p. 371; RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli, 1995. p. 16.

103. AMODIO, Motivazione della sentenza..., cit., p. 188; Idem. L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria. *Rivista di Diritto Processuale*, 1970. p. 453; TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile...*, cit., p. 407, RICCI. *Principi di diritto processuale generale*, cit., p. 162. Na doutrina nacional: GRINOVER, Ada Pellegrini *Processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 256.

104. TARUFFO, Michele. Motivazione sentenza civile. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999. Aggiornamento III. p. 776.

105. FERRER BELTRÁN, *Valoración racional de la prueba...*, cit., p. 45.

um empobrecimento do material a ser valorado, contrariando o princípio lógico segundo o qual toda prova relevante deve ser admitida.¹⁰⁶ A motivação é uma garantia fundamental do ponto de vista processual e epistêmico.¹⁰⁷

1.3.5. O duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição é um poderoso mecanismo de controle do poder estatal. Se todo ato de poder deve estar sujeito a alguma instância de controle, para que não se degenere facilmente em arbítrio, no âmbito do Poder Judiciário, o resultado do processo não pode estar imune a um amplo mecanismo de controle. Por isso, a garantia do duplo grau de jurisdição tem um relevante valor político, à medida que o direito de impugnar a decisão judicial assegura que tal ato estatal e imperativo seja controlável.¹⁰⁸

Determinar o conteúdo do duplo grau de jurisdição significa “definir uma criatura do pensamento jurídico, um paradigma pertencente ao conjunto dos conceitos jurídicos dos quais a ciência se serve como instrumento de análise”.¹⁰⁹ Do conteúdo semântico da expressão “duplo grau de jurisdição” e com alguma complementação lógica, o mínimo que se pode extrair é que se trata do direito a um sistema judiciário no qual o conteúdo das decisões de mérito poderá ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.¹¹⁰

O duplo grau de jurisdição é uma exigência que se liga à sentença de mérito. Consequentemente, não violará o duplo grau de jurisdição, um sistema que trabalhe com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, desde que haja previsão de um recurso contra a sentença, sendo que em tal hipótese, normalmente caberá ao recorrente, em tal recurso, frequentemente denominado apelação, trazer como matéria recursal a impugnação da decisão interlocutória irrecorrível anteriormente proferida.

A partir desse ponto, é necessário recorrer à estrutura legal de cada ordenamento jurídico para se obter qualquer conteúdo mais preciso do duplo grau de jurisdição. E, como afirmou, com razão, Barbosa Moreira “não há nenhum céu de puras essências, onde se logre descobrir um conceito de recurso anterior ao que

106. Sobre os limites lógicos de admissão da prova, cf., infra, cap. 3, item 3.4.1.1.

107. Essa relação será objeto de análise específica, infra, no cap. 3, item 3.7.

108. MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais...*, cit., p. 45.

109. SPANGHER, Giorgio. Il doppio grado di giurisdizione. In: DINACCI, Filippo Fraffaele (Coord.). *Processo penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 495.

110. Nesse sentido: SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione...*, cit., p. 495; ARAN-GÜENA FANEGO, Coral. La doble instancia en el proceso penal. *Criminalia*, n. 65, jan-abr 1999, p. 279.

revelar o sistema da lei”.¹¹¹ Portanto, a construção do conceito de recurso, depende da disciplina legal de cada ordenamento.¹¹²

Para os fins de verificar a relação entre o duplo grau de jurisdição, como garantia que assegura um controle intersubjetivo das decisões, de um lado, e a revisão do juízo de fato, como fator integrante de um modelo de epistemologia judiciária, de outro, é preciso analisar o conteúdo de tal garantia com uma profundidade maior. Nesse sentido, deve-se procurar um mínimo denominador comum de tal direito no âmbito dos tratados internacionais e regionais de direitos humanos. Advirta-se, contudo, que mesmo no plano dos tratados de direitos humanos é tranquilo o reconhecimento do direito ao recurso como um componente obrigatório do processo équo.

O direito ao recurso é expressamente previsto na CADH, que assegura, no art. 8.2.h, entre as garantias processuais mínimas de todo acusado, o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.¹¹³ Por sua vez, o PIDCP, no art. 14.5,

111. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 10.

112. Tomando em conta as regras constitucionais e processuais penais brasileiras, definimos recurso como “meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial” (BARBARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 34). No processo penal, para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 29), recurso é “o meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”. De modo semelhante, no processo civil, José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5. p. 233) conceitua recurso, no direito processual civil brasileiro, “como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisões judiciais que se impugna”.

113. O segundo aspecto do direito ao recurso que não será aprofundado na obra, diz respeito às situações de foro por prerrogativa de função e sua compatibilidade com o direito ao recurso assegurado pelo art. 8.2.h da CADH. De qualquer forma, é importante observar que, no *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, julgado em 17 de novembro de 2009, analisando o direito ao recurso do acusado condenado pela mais alta corte do País, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerou que o foro por prerrogativa de função, perante o mais alto tribunal do país, não é, em si, incompatível com o art. 8.2.h da CADH, devendo a legislação interna estabelecer a possibilidade de o acusado apelar do julgamento condenatório. E a Corte exemplificou, dizendo que, para tanto o procedimento poderia ser conduzido, em primeira instância, pelo presidente ou por uma turma do tribunal superior, sendo assegurado um recurso de apelação para o tribunal pleno, excluindo-se de tal julgamento os juizes que já tivessem proferido decisão no mesmo caso. Como tais situações não se verificaram, a Corte entendeu que houve violação

assegura que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Regime diverso era adotado no sistema europeu de direitos humanos. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, estabeleceu várias garantias processuais, que serviram de modelo para os tratados posteriores. O art. 6º da CEDH, considerado a síntese dos “cânones europeus do justo processo penal”,¹¹⁴ não assegurou explicitamente a garantia do acusado de recorrer da sentença condenatória. Posteriormente, o Protocolo VII à referida Convenção, de 1984, em seu art. 2.1, assegurou o “direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, nos seguintes termos:

“1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um Tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.”¹¹⁵

Sobre o conteúdo ou as características do recurso assegurado pela CADH, no caso de sentença condenatória, é necessário que se trate de um meio amplo de impugnação da sentença, que admita revisão de seu conteúdo tanto sobre questões de direito, quanto sobre questões de fato, isto é, admitindo uma nova valoração da prova por parte do tribunal.¹¹⁶

ao direito ao recurso, previsto no art. 8.2.h da CADH (CoIDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 17.11.2009, Série C, 2006, §§ 90-91). O tema voltou a ser analisado no *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, julgado pela Corte Interamericana em 30.01.2014. Ao interpretar o conceito de “tribunal superior”, do art. 8.2.h da CADH, a Corte considerou que a superioridade do tribunal exigida no dispositivo da CADH é satisfeita quando o plenário ou uma câmara dentro do mesmo tribunal, mas com composição diversa, julga o recurso, possuindo competência para revogar ou reformar a decisão condenatória (CoIDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas julgamento em 30.01.2014, Série C, 276, § 105).

114. PISANI, Mario. *Nozioni generali*. In: PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8 ed. Bologna: Monduzzi Ed., 2008. p. 19.

115. O item 2.2 prevê que: “Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”. Sobre o reflexo de tal exceção, entre nós, a Corte Interamericana já decidiu que as exceções do art. 2.2 do Protocolo VII à CEDH, não servem para interpretar o art. 8.2.h, da CADH, que diferentemente do que ocorre no sistema europeu, não prevê exceções à garantia do direito ao recurso: CoIDH, *Caso Mohamed vs. Argentina*, Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, n. 255, § 94; CoIDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgamento em 30.01.2014, Série C, n. 276; § 96.

116. Nesse sentido é a posição do TEDH, em relação ao art. 2º do Protocolo Adicional VII à CEDH, e ao art. 14.5 do PIDCP: *Caso Le Compt, Van Leuve e De Meyere vs. Bélgica*,

Para o fim de análise do controle intersubjetivo como componente de um adequado modelo epistêmico, é fundamental o reconhecimento de que o direito ao recurso assegura um mecanismo que possibilite o reexame da valoração da prova. O condenado deve ter possibilidade de impugnar, perante outro juiz, tanto os *errores in procedendo* quanto os *errores in iudicando*, alcançando “uma” possibilidade de obter um “reexame de mérito”, em que os erros possam ser verificados.¹¹⁷

No âmbito americano, a decisão mais significativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorreu no *Caso Mohamed vs. Argentina*, julgado em 23 de novembro de 2012,¹¹⁸ em que foi reconhecido que o respeito ao art. 8.2.h da CADH implica que, no caso de o acusado ter sido absolvido em primeiro grau, mas em razão de recurso do Ministério Público, se vê condenado, pela primeira vez, no julgamento do tribunal em segundo grau, deve lhe ser assegurado um recurso amplo, podendo discutir questões de fato e de direito, contra tal decisão. Seria, necessário, portanto, em sistemas como o brasileiro, estabelecer em casos que tais, uma espécie de “terceiro grau”.

Ao possibilitar o controle do juízo de fato e da valoração da prova, o direito ao duplo grau é um potente mecanismo epistêmico, que favorece um correto juízo de fato como condição para a decisão justa.¹¹⁹ O recurso, se não garante o acerto da

(plenário) sentença de 26.06.1981; *Caso Öztürk vs. Alemanha*, (plenário), sentença de 21.02.1984; *Caso Helmers vs. Suécia*, sentença de 29.10.1991 e *Caso Krombach vs. França*, sentença de 13.02.2001.

117. Nesse sentido: Mario Chiavario (*Processo e garanzie della persona*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982. v. II. p. 191) em relação à garantia equivalente do art. 14.5 do PIDCP.

118. CoIDH, *Caso Mohamed vs. Argentina*, *Objecções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, julgado em 23.11.2012, Série C, 255.

119. Outro ponto importante que se pode extrair da jurisprudência europeia, com claros reflexos no juízo de fato, é que o direito ao recurso inclui o direito a uma audiência perante o tribunal que julgará o recurso, quando tal tribunal se pronuncie sobre o caráter do acusado ou os motivos que o levaram a cometer o crime, ou sobre matéria de fato nova ou que possa repercutir na severidade de sua pena, ou, ainda, que possa levar a uma condenação depois da absolvição de primeira instância. Nesse sentido: MAIER, Julio. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. t. I. p. 720. No mesmo sentido, em relação ao sistema europeu: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. p. 1036. n. 5. Sobre a jurisprudência do TEDH: *Caso Ekbatani vs. Suécia*, (plenário), sentença de 26.05.1988; *Caso Helmers vs. Suécia*, (plenário), sentença de 29.10.1991; *Caso Kremzow vs. Áustria*, sentença de 21.09.1993; *Caso Constantinescu vs. Romênia*, sentença de 27.06.2000; *Caso Pobornikoff vs. Áustria*, sentença de 03.10.2000; *Caso Destrethem vs. França*, sentença de 18.05.2004; *Caso Dondarini vs. São Marino*, sentença de 06.07.2004 e *Caso Hermi vs. Itália (GC)*, sentença de 18.10.2006. Não é caso de enfrentar, no âmbito da obra, os problemas práticos que decorrem da adoção

decisão proferida em segundo grau, possibilita, ao menos tendencialmente, *reduzir as chances de erro* do resultado final.¹²⁰ Podem ser listados três motivos para tanto.

O primeiro argumento é que o recurso não é uma análise para a tomada de uma decisão, mas um reexame de uma decisão já tomada. Em outras palavras, sendo um segundo julgamento, não se trata de apreciação inicial da imputação, sobre a qual não terá havido qualquer posicionamento, como ocorre na sentença. Ao contrário, o acórdão terá por base uma decisão anterior, que já será fruto de análise dos fatos e do direito, cujo acerto ou equívoco será verificado pelo Tribunal. Trata-se, nas palavras de Carnelutti, de um “julgamento sobre o julgamento e, dessa maneira, um julgamento elevado à segunda potência”.¹²¹ O recurso ocorre quando o debate da causa já esmiuçou as pretensões conflitantes e a sentença de primeiro grau já situou a intervenção judicial em um certo sentido, “apresentando-se o debate escoimado de superfluidades”.¹²²

Um segundo aspecto favorável à correção de eventual erro da decisão, é que a decisão inicial será, por sua vez, submetida a um novo confronto dialético propiciado pelas razões e contrarrazões recursais, tudo isso a permitir uma *depuração* de seu conteúdo, facilitando que seus erros, se existirem, possam estar mais visíveis para o Tribunal.¹²³

Por fim, em organizações judiciárias como a brasileira, nas quais o primeiro grau de jurisdição é, em regra, monocrático, e o segundo grau, colegiado, a revisão por um órgão plúrimo minimiza a probabilidade de erro. No julgamento por juiz singular, o erro do magistrado implicará uma injustiça consumada. Já no caso de uma

de tal premissa, nem a melhor solução para resolvê-lo. O objetivo do trabalho é restrito ao juízo de valoração da prova realizado na sentença. Para uma análise de tais questões: BADARÓ, *Manual dos recursos penais...*, cit., p. 65 e ss.; VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 242 e ss.

120. Os três argumentos favoráveis ao duplo grau de jurisdição foram expostos em: BADARÓ, *Manual dos recursos penais...*, cit., p. 44-45.

121. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Ateneo, 1949. v. IV. p. 102.

122. BERMUDEZ, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1975. v. 7. p. 10. Na doutrina italiana, esse argumento já era utilizado por: BELLAVITIS, Mario. *Sui limiti del concetto di doppio grado di giurisdizione*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, 1931. p. 3.

123. Ou, como diz Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., v. V, p. 236): “o juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso”.

decisão colegiada, o equívoco individual será, apenas, um voto errado, que poderá ser superado por uma posição correta dos demais julgadores.¹²⁴ A colegialidade das decisões, afirma Pontes de Miranda, assegura diversos exames ao mesmo tempo, “que se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza”.¹²⁵

Do ponto de vista psicológico, de quem profere a decisão recorrida, é razoável também acreditar que, quando alguém sabe que sua decisão poderá ser revista, submetida a um escrutínio de outrem, tende a ser mais cuidadoso e usar métodos e critérios que não sejam eminentemente subjetivos, mas, ao contrário, comumente aceitos pela generalidade das pessoas. Em outras palavras, o duplo grau de jurisdição colabora para que a decisão seja tomada com base em métodos racionais de valoração da prova, pois esses poderão mais facilmente ser expostos e entendidos na fundamentação, como justificação da decisão tomada e,¹²⁶ posteriormente, ser compreendidos e acolhidos como corretos pelo órgão revisor que poderá ser chamado a vir atuar.

Em suma, sendo o recurso um mecanismo importante do ponto de vista heurístico, os valores que inspiram um modelo de epistemologia judiciária, tendo na obtenção da verdade um fim institucional do processo, aconselham que possa ser utilizado por ambas as partes. Em outras palavras, o duplo grau de jurisdição deve ser assegurado para defesa e para acusação, pois havendo tanto condenações injustas, quanto absolvições equivocadas, ambas poderão ser corrigidas.

Porém, do ponto de vista das garantias processuais, a questão não é tão simples assim. Há forte debate sobre quem é o titular do direito ao recurso reconhecido pelos tratados e convenções de direitos humanos. O direito ao recurso é exclusivo do acusado? Ou a acusação também desfruta da garantia processual de recorrer da sentença de mérito que lhe for desfavorável?

As garantias dos tratados de direitos humanos não são declarações de direitos em favor do Estado, no caso, representado pelo órgão acusador oficial, mas escudos de proteção do indivíduo, isto é, o acusado, que por ocupar a posição mais fraca no processo, necessita de garantias mínimas.¹²⁷ Como explica Chiavario, no processo

124. O juízo de muitos, diz Inocêncio Borges da Rosa (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 696), “traz consigo bem fundada presunção de superioridade sobre o de um só.”

125. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII, p. 11. De modo semelhante, e somando os dois últimos aspectos, Tuzet (*Filosofia della prova giuridica...*, cit., p. 15) afirma que o contraditório e a colegialidade são instrumentos legais de controle do critério da “certeza” obtida no processo.

126. Sobre a relação entre a fundamentação e a adoção prévia de critérios racionais de valoração da prova, cf., infra, cap. 3, item 3.8.

127. Como explica Julio Maier (*Derecho procesal penal...*, cit., t. I, p. 711), no art. 8.2.h, a CADH “não se propõe – nem se pode propor – ‘defender’ o Estado, mas sim, ao

penal, o direito ao justo processo é essencialmente um “direito do acusado”, e a regra da “paridade de armas das partes”, longe de refletir uma exigência de absoluta simetria de posições, representa a exigência de um balanceamento estabelecido como garantia e não em prejuízo do acusado.¹²⁸

Assim sendo, do ponto de vista do respeito às normas convencionais, o direito ao recurso – e que viabiliza o duplo grau de jurisdição – é exclusivo do acusado. Conseqüentemente, não seria possível um sistema que não previsse um recurso amplo para o acusado que fosse condenado, possibilitando-lhe recorrer da sentença contra ele proferida.

Por outro lado, seria possível, nesse contexto, um sistema que somente admitisse recurso *pro reo*. Por exemplo, as sentenças condenatórias seriam apeláveis, mas não caberia recurso das sentenças absolutórias. Tal cenário não seria incompatível como o art. 8.2.h, da CADH, embora pudesse ser questionado sob a ótica da paridade de armas, por representar um modelo desequilibrado excessiva e injustificadamente, em prejuízo da acusação.

Mais do que possível, tal sistema é obrigatório ou impositivo para parte da doutrina. Julio Maier, fazendo uma aproximação do direito ao recurso do acusado com a garantia contra a dupla persecução,¹²⁹ entende que não se deve admitir recurso do Ministério Público contra sentenças absolutórias, pois tal fórmula tem um alcance maior, uma vez que impede a *múltipla persecução* também em sentido processual, essa relacionada com a renovação do processo que ainda esteja em curso. E conclui: “o principal efeito da regra é impedir absolutamente a possibilidade de recurso de revisão contra o acusado absolvido ou do condenado por crime mais leve; em conjugação com o direito ao recurso do condenado, determina também, a ab-rogação da faculdade – comum entre nós: sistema bilateral de recursos – de o acusado recorrer da sentença, ao menos em alguma instância”.¹³⁰

contrário, conceder uma garantia a quem sofre a coação estatal. A Convenção se refere, precisamente, às garantias processuais frente à ação e à força aplicada pelo Estado”. No mesmo sentido: VASCONCELOS, Vinicius Gomes. Duplo grau de jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: GIACOMOLLI; Nereu José; VASCONCELOS, Vinicius Gomes de (Org.). *Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 229-230.

128. CHIAVARIO. *Processo e garanzie della persona...*, cit., v. II, p. 177. E, diante disso, admite o que denomina um “sistema extremo”, no qual o acusado não tivesse contra si recurso que pudesse prejudicá-lo, mas sendo assegurado o direito à impugnação que lhe favorecesse.

129. Na CADH, o art. 8.4 estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

130. MAIER. *Derecho procesal penal...*, cit., t. I, p. 599, e p. 717.

Do ponto de vista de um adequado modelo de epistemologia judiciária, também não é acertado um regime recursal que não admita apelação do Ministério Público, em caso de absolvição do acusado. O recurso é um instrumento que possibilita uma correção de decisões equivocadas e, no plano do juízo de fato, tem um importante papel de permitir um controle intersubjetivo das escolhas racionais do julgador na valoração da prova. Portanto, admitir o recurso contra o juízo de fatos somente de sentenças condenatórias errôneas, para transformá-las em absolvições justas, mas vedar o recurso de absolvições equivocadas, tornando-as imutáveis e, assim, impedindo um melhor juízo de fato como condição para a decisão justa é adotar uma solução claramente antiepistêmica.

1.3.6. A duração razoável do processo

O direito ao processo em prazo razoável¹³¹ é uma garantia inerente ao processo justo¹³² ou, numa linguagem mais típica da doutrina brasileira, do devido processo legal.¹³³ O direito ao processo em prazo razoável, que não constava expressamente

131. Há duas vertentes sobre o direito ao processo em prazo razoável. A primeira, que importa por sua ligação forte com o tema da epistemologia judiciária, é o direito a um processo penal ou de qualquer outra natureza (civil, trabalhista...), em prazo razoável ou sem dilações indevidas. A segunda questão, de extrema relevância em termos de restrição de direitos fundamentais, mas que não será analisada por não ter grande influência sobre o tema desta obra, é o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado em um tempo razoável ou sem dilações indevidas. Sobre esse segundo aspecto, cf. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39 e ss.

132. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nada estabeleceu quanto à duração do processo. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também garante, no art. 14.3.c, que: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade a, pelo menos às seguintes garantias: [...] a ser julgada sem dilações indevidas”. No âmbito regional, Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece, no art. 6.1, que: “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei, que decidirá sobre os litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também garante, no art. 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

133. Nesse sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia...*, cit., p. 106-107; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 278. Já para Rogério Lauria Tucci (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

do catálogo inicial de garantias processuais da Constituição de 1988,¹³⁴ passou a ser expressamente previsto com o acréscimo do inciso LXXVIII ao *caput* do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004.¹³⁵

A seu tempo, Beccaria já afirmava, que o “processo deve terminar no mínimo de tempo possível”, pois “quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será”.¹³⁶

Se justiça tardia é denegação de justiça, também não se pode cair no extremo oposto, dando ao processo penal uma aceleração antigarantista, que servirá não para assegurar esse direito, mas, ao contrário, para violá-lo. Não existe nada mais demonstrativo da arbitrariedade de um procedimento que os juízos sumários ou sumaríssimos em matéria penal, pois eles impedem que o imputado possa exercer todas as faculdades próprias de um processo penal adequado à Constituição e aos tratados de direitos humanos. O processo penal reclama tempo suficiente para satisfação, com plenitude, de seus direitos e garantias processuais. E a duração razoável do processo tem que ser considerada sob a perspectiva dos direitos e garantias do acusado, e não contra o réu ou em seu desfavor.

p. 67), o direito ao julgamento em prazo razoável decorre do *devido processo penal*, que é a especificidade penal da garantia do devido processo legal, consubstanciando-se em uma série de garantias, entre as quais o direito ao julgamento em prazo razoável. Na doutrina estrangeira, Trocker (*Processo civile e Costituzione...*, cit., p. 278-279) liga o direito ao processo em prazo razoável ao direito de ação e de defesa. Já para Alejandro D. Carrió (*Garantías constitucionales en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1991. p. 207), o direito a um juízo razoavelmente rápido deriva do direito de defesa.

134. No constitucionalismo estrangeiro, o direito ao processo penal no prazo razoável, ou sua variável, sem dilações indevidas, é encontrado em diversos diplomas. A VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América já reconhecia o direito a um processo rápido: “Em todos os processos criminais o acusado terá direito a um julgamento pronto e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei.” Nas constituições modernas, a título exemplificativo, a Constituição da República Portuguesa de 1976, previa, em seu art. 32, que “todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação”. Posteriormente, com a reforma constitucional de 1982, acresceu-se ao texto referido: “devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” A Constituição espanhola de 1978, assegura, no art. 24.2, que: “Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente por lei, à defesa e à assistência de advogados, a ser informada da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias [...]”. A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, em seu artigo 11, b, estabelece que: “Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável.”

135. Referido inciso prevê que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

136. BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. cit., p. 102-103.

A razoabilidade do tempo de duração do processo prevista no art. 8.1, da CADH, é aquela relativa à necessidade de uma justiça tempestiva, como um dos elementos necessários para se atingir o justo processo.¹³⁷ A exigência de tempestividade é normalmente satisfeita quando, em um tempo razoável, é proferida uma decisão de mérito,¹³⁸ seja esta de condenação ou tenha outro conteúdo. É o desfazimento, em um sentido ou em outro, da dúvida sobre a acusação que pesa contra o indivíduo. O processo penal possui uma carga infamante e sancionatória em si mesmo, que não deve se prolongar por muito tempo. O processo que se desenvolve em um prazo razoável evita que uma pessoa acusada fique muito tempo na incerteza de sua sorte.

Por outro lado, o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido com um processo em que se busque a celeridade processual a qualquer custo. O processo no prazo razoável não é um processo em celeridade máxima. O direito ao processo no prazo razoável deve ver compatibilizado com outras garantias, e a busca de celeridade não pode servir de justificativa para a inobservância de outras garantias processuais como a ampla defesa e, mais especificamente, o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado. Como adverte Conso, “a celeridade do processo é um valor que deve ser perseguido em todas as situações e buscado com firme propósito, com a condição, porém, de que não se pague o preço com o direito de defesa”.¹³⁹

A celeridade, ou melhor, a razoabilidade do prazo de tramitação do processo, deve ser buscada resguardando o direito de defesa do acusado ou de qualquer outra parte ou sujeito processual.¹⁴⁰ Esse equilíbrio, inclusive, é previsto nas declarações de direitos humanos que garantem, de um lado, o direito a um julgamento em prazo razoável, e, de outro, também asseguram o direito de defesa e, mais do que isso, o direito de o acusado dispor de tempo necessário para preparar sua defesa.¹⁴¹ Ora, é evidente que a celeridade não pode ser buscada suprimindo-se outras garantias dos sujeitos processuais, principalmente da defesa.¹⁴²

137. Nesse sentido: CHIAVARIO, *Processo e Garanzie della persona...*, cit., v. II, p. 258; VIAGAS BARTOLOME, Plácido Fernandes. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994. p. 73.

138. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona...*, cit., v. II, p. 259.

139. CONSO, Giovanni. *Il processo penale, Tempo e giustizia*. Padova: Cedam, 1967. p. 72.

140. LEONE, Mauro. *El tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*. Napoli: Jovene, 1974. p. 296.

141. Por exemplo, a CADH, que no art. 8.1 assegura o julgamento no prazo razoável, por outro lado, no art. 8.2.c assegura que: “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...] concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”.

142. LOPES JR.; BADARÓ, *Direito ao processo penal em prazo razoável...*, cit., p. 65.

Em outras palavras, o processo no prazo razoável significa um processo que, naturalmente, deverá durar algum tempo, mas que não pode ter uma demora exagerada, causada por dilações indevidas e injustificadas.¹⁴³

Partindo dessa premissa, o direito ao processo em prazo razoável não é uma garantia que colida com a finalidade epistêmica da busca da verdade. Ao contrário, trata-se de garantia que colabora com a busca da verdade.

Primeiro porque, especialmente com relação à prova decorrente de fontes pessoais, um tempo muito grande entre a data do fato e de sua percepção pela testemunha e a do depoimento em juízo, pode levar ao esquecimento do fato, quando não, em determinados casos, até mesmo à morte da testemunha.¹⁴⁴ Segundo, porque toda reconstrução histórica dos fatos, realizada a partir dos traços existentes no presente, dos acontecimentos passados, demanda tempo. Uma justiça sumária normalmente despreza a verdade ou, no máximo, não tem preocupação com que os fatos sejam corretamente acertados. O processo não é algo instantâneo, mas um percurso, um caminho que tem começo, desenvolvimento e fim. A instrução, que integra esse processo, não precisando ser imediata ou brevíssima, mas tendo tempo razoável para se realizar, poderá ser de melhor qualidade. Aliás, um dos critérios para aferir a razoabilidade da duração do processo é exatamente a complexidade da instrução.

Esse aspecto é importante na medida em que a busca por técnicas processuais de imediata aplicação da pena, mediante mecanismos de consenso, apresenta como uma de suas justificativas, a necessidade de uma resposta rápida. Confunde-se eficiência do processo penal com punir mais e punir logo. Nesse caso, contudo, a celeridade não fará com que a punição seja legítima. A legitimidade da punição exige uma decisão justa, que demanda tempo para ser proferida.¹⁴⁵ Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma tendência à renúncia ao processo em que a pena não decorre da verdade que se consegue no processo, mas do não processo.¹⁴⁶ Na chamada “justiça

143. VIEGAS BARTOLOME, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas...*, cit., p. 78.

144. Para remediar esse problema os ordenamentos jurídicos costumam prever um incidente para a produção antecipada de prova. No caso brasileiro, o art. 225 do CPP admite a produção antecipada de prova se “testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista”. Essa prova, inclusive, nos termos do art. 155, *caput*, parte final, poderá ser valorada pelo juiz, sem a necessidade de prova de corroboração, para a formação de seu convencimento. Para uma compatibilização de tal dispositivo, com a garantia do direito ao confronto, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Valor probatório do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de (Coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica/Cedpal, 2016. p. 276-278.

145. Nesse sistema, contudo, a justiça baseada em um acerto que permita um conhecimento da verdade factual nem sempre é um objetivo.

146. MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno. *Il processo senza verità*. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012. n. 93.

consensual” a imposição da pena não é fruto de uma prévia verificação dos fatos, mas de um acordo. Ao se conceber o processo essencialmente como um instrumento de resolução de conflitos que assumam a forma de controvérsia jurídica entre as partes, a finalidade da descoberta da verdade torna-se desnecessária.¹⁴⁷ Se a finalidade primária do processo é a solução do conflito entre as partes, a verdade dos fatos não é uma condição necessária ou indispensável.¹⁴⁸ A boa solução pode ser até mesmo uma decisão baseada em premissas fáticas falsas, desde que ela seja capaz de eliminar o conflito.¹⁴⁹

Em suma, desde que se aceite a premissa de que a verdade é uma condição necessária para a decisão justa, e que ela deve estar fundada em provas, a garantia do processo em prazo razoável protege a verdade.¹⁵⁰ Assegurando uma razoável duração do processo e tempo para obtenção do conhecimento verdadeiro, impede-se, que sob a justificativa da necessidade de soluções imediatistas e de urgência, se aceitem decisões sem uma adequada e correta reconstrução dos fatos.

1.4. O processo acusatório e a verdade

A busca por uma verdade real, uma “verdade verdadeira” como fim último do processo, sempre serviu de justificativa para que o juiz, nos processos inquisitórios, tivesse cada vez mais poderes, não estando limitado à iniciativa das partes quer quanto aos fatos alegados, quer quanto às provas requeridas e produzidas.

A questão que se pretende analisar é se o processo acusatório é um processo que também tem como fim institucional a busca da verdade e, em caso de resposta positiva, se a verdade que se almeja no processo acusatório é diversa ou não daquela buscada no processo inquisitório.

147. Nesse sentido: IACOVIELLO. Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale..., cit., p. 2029; LOMBARDO, Luigi Giovanni. Ricerca della verità e nuovo processo penale. *Cassazione Penale*, 1993. p. 751. Mais enfático, Taruffo (Os poderes instrutórios das partes e do juiz..., cit., p. 74) afirma que “Um processo direcionado à maximização do escopo da resolução dos conflitos não pode [...] aspirar ao mesmo tempo concomitantemente à maximização da exatidão da verificação dos fatos”.

148. TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, 1986. p. 242.

149. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici...*, cit., p. 18. Mais enfático, para Ferrajoli (Patteggiamento e crisi della giurisdizione. *Questione Giustizia*, 1989. p. 382) o processo penal consensual tem como resultado “a incerteza e a substancial extra-legalidade do direito penal”.

150. Sob outra ótica, para Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho...*, cit., p. 132-133), não a garantia da razoável duração do processo em si, mas a existência de uma limitação temporal para que seja proferida uma decisão seria um exemplo de garantia não epistemológica.

Antes da resposta, é necessário um esclarecimento: “acusatório”, como qualificativo de processo ou sistema, não pode ser concebido como um rótulo, ou uma questão de nomenclatura. É necessário, portanto, fugir de estereótipos polêmicas nominalísticas e se preocupar mais realisticamente com a indicação daqueles que são os requisitos indefectíveis do “justo processo”.¹⁵¹

Há hoje, até mesmo por força de diplomas internacionais de direitos humanos, um conjunto de garantias processuais penais mínimas, asseguradas aos acusados no plano regional e mesmo internacional: direito ao juiz independente, imparcial e com competência estabelecida previamente por lei; direito ao processo em prazo razoável, direito à presunção de inocência do acusado; direito a um defensor; direito de o acusado ser comunicado prévia e pormenorizadamente da acusação formulada contra ele; direito de o acusado ter o tempo e os meios necessários para preparar sua defesa; direito de inquirir as testemunhas presentes ao tribunal e fazer comparecer as suas testemunhas; direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo nem a se confessar culpado; direito de recorrer da sentença condenatória. No caso europeu, por exemplo, esse conjunto de garantias do acusado costuma ser denominado como “mínimo denominador comum” do processo justo.¹⁵²

Por outro lado, em relação ao processo penal brasileiro, é adequado falar em um devido processo constitucional,¹⁵³ como o conjunto de garantias constitucionais processuais estabelecida na Constituição. E, em relação ao processo penal, além das garantias constitucionais gerais, aplicáveis a qualquer tipo de processo jurisdicional, incluem-se, também, as garantias específicas e exclusivas do investigado ou acusado. Podem ser elencadas, nesse conjunto integrado de garantias: a vedação de tribunais de exceção e a garantia do juiz natural, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à presunção de inocência, o direito ao silêncio com vedação da exigência de autoincriminação, a vedação da utilização de provas ilícitas, a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões judiciais, o direito à razoável duração do processo, o *habeas corpus*, o direito à prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e o direito à liberdade provisória.

151. UBERTIS, Giulio. Garanzie giurisdizionali e giurisprudenza costituzionale. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 28.

152. GAITO, Alfredo. Cultura processuale penale ed autocritica. *Il Giusto Processo*, 1990. p. 309.

153. De modo semelhante, parte da doutrina se refere a “devido processo penal”. Para Pedro Bertolino (*El debido proceso penal*. La Plata: Platense, 1986. p. 20-21) o devido processo penal é a “especificidade penal da garantia constitucional do ‘devido processo’”. Entre nós, a expressão também é utilizada por TUCCI, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro...*, cit., p. 65; SCARANDE FERNANDES, *Processo penal constitucional...*, cit., p. 44.

Embora em muitos casos haja zonas de sobreposição entre as garantias de direitos humanos, de um lado, e as constitucionais, de outro, esse conjunto de garantias necessariamente deverá ser atendido pelo legislador, dando-lhe concretude, no Código de Processo Penal. Satisfeito esse complexo garantista, se tal sistema será denominado “processo acusatório”, “processo justo”, “processo equo”, “due process” ou outra expressão equivalente, parece ser uma questão muito mais conceitual do que de conteúdo.¹⁵⁴

Feito o esclarecimento terminológico, a análise pode principiar com as características históricas do modelo acusatório. No processo acusatório que existiu no direito romano, das *quaestione perpetuae*, ou em seu antecedente mais recente, no júri inglês, o julgador não tinha poderes instrutórios. Isso, contudo, impediria que, atualmente, se denominasse como “processo acusatório” um sistema em que o juiz tivesse poderes instrutórios? A resposta deve ser negativa. Somente se houvesse um relativo consenso sobre a essência do modelo acusatório, e esta repousasse justamente sobre a gestão da prova, é que seria inapropriado denominar de acusatório um sistema concreto em que o juiz tivesse poderes instrutórios. De outro lado, se essa for uma característica meramente histórica do sistema, em um aspecto não essencial, como era o fato de a acusação ser privada e não pública, ou mesmo de a justiça ser organizada na forma de júri popular, não haverá impedimento para se qualificar de acusatório, um processo penal no qual o juiz tenha poderes instrutório. Em outras palavras, haverá processo acusatório em que o juiz não tem poderes instrutórios, de um lado, e processos acusatórios no qual o juiz tem poderes instrutórios, de outro.

Embora com contestações, prevalece o entendimento teórico no sentido de que a característica essencial e insuprimível do sistema acusatório, sua *conditio sine qua non*, é a clara separação de funções de acusar, julgar e defender.¹⁵⁵ Por outro lado, não são incompatíveis com a essência do processo acusatório, podendo receber tal denominação ou qualificação, sistemas em que, respeitada a separação de funções, o juiz seja dotado de poderes probatórios que lhe permitam, de ofício, determinar a produção de provas.¹⁵⁶

154. Mesmo no âmbito dos tribunais penais internacionais, a dicotomia acusatório/inquisitório tem sido questionada. Para uma crítica a tal dicotomia, no âmbito processual penal internacional: Kai Ambos e Stefanie Bock (*El régimen procesal de los fiscales en los Tribunales Penales Internacionales*. Madrid: Dikynson, 2013. p. 14), que concluem: “o desafio do direito processual internacional não é determinar a superioridade de um determinado sistema jurídico, mas garantir um julgamento justo e sem incidências, salvaguardando o respeito aos direitos dos acusados e de outros atores, e empregando um sistema processual penal eficaz”.

155. A questão já foi por nós analisada, em BADARÓ, *Onus da prova no processo penal...*, cit., p. 108-112.

156. Nesse sentido, na doutrina italiana: CONSO, Giovanni. Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano. *Rivista di Diritto Processuale*. 1958. p. 290; Idem.

O processo acusatório também é um processo que busca a “verdade”, embora a “verdade” almejada no processo acusatório não seja a mesma que aspira o processo inquisitivo.

Os amplos poderes do juiz no sistema inquisitório sugerem, à primeira vista, que este seria mais eficaz na busca da verdade que o sistema acusatório. Todavia, o processo inquisitório é contaminado por um vício de origem: o inquisidor busca apenas a confirmação de uma hipótese já previamente escolhida e por ele mesmo formulada. Ou seja, denominava-se “verdade” algo que já era, por motivos ideológicos, anteriormente determinado.¹⁵⁷ Na escolha do tema de acusação há a indicação de uma preferência, já estando implícita na formulação do problema a sua solução.¹⁵⁸ O inquisidor tinha a incumbência de provar a culpa do acusado e, depois, decidir se a presunção de inocência fora adequadamente superada: essa duplicidade de papéis amesquinha o conceito de risco da prova faltante – pois o inquisidor estaria admitindo que falhou na sua missão de produzir todas as provas

Accusa e sistema accusatorio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958, v. I. p. 337; ILLUMINATI, Giulio. Accusatorio ed inquisitorio (sistema). *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1988. v. I. p. 2; AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano. Trad. Ana Cristina Boneristiano. *Revista de Processo*, n. 59, jul.-set. 1990, p. 140; NAPPI. *Guida al codici di procedura penale*, cit., p. 10; BASSI, Alessandra. Art. 468 c.p.p.: le parti e la disponibilità del diritto all'iniziativa probatoria. *Cassazione Penale*, 1993. p. 461, nota 3; PETRILLO, Luigi. Funzioni e limiti dell'esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 1210; SCELLA, Andrea. I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992. p. 1215. Igual entendimento é compartilhado pela doutrina processual penal portuguesa, como se verifica em: FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal...*, cit., v. I, p. 192; PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 561. Na doutrina nacional, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *A marcha no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 82; Idem. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. *Relações entre juiz e Ministério Público – Seus limites*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 40, out.-dez. 2002. p. 98; SCARANCE FERNANDES, *A reação defensiva à imputação...*, cit., p. 20; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. *Temas de derecho processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 220.

157. Para Giulio Illuminati (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 78) o processo inquisitório é “reduzido a um lúgubre ritual para justificar, diante da coletividade, uma conclusão obrigatória”. Observa, ainda (Giudizio. In: CONSO; Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 553) que “o juiz envolvido na construção da hipótese acusatória a ser verificada, assim como na busca de provas que a sustentem, tem fatalmente prejudicada a objetividade de julgamento necessária para a valoração final”.

158. CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939. n. 110. No mesmo sentido: UBERTIS. *Principi di procedura penale europea...*, cit., p. 66.

necessárias para o descobrimento da “verdade material” –, e coloca em dúvida a aplicabilidade da regra de julgamento.¹⁵⁹

De outro lado, no processo acusatório, o fato de se atribuir às partes um papel proeminente na argumentação e na produção da prova, não significa que se tenha abandonado a aspiração de buscar a verdade como condição para obtenção de uma sentença justa. Haverá, apenas, uma mudança dos mecanismos pelos quais se busca a verdade: substitui-se a atuação isolada e monopolista de um juiz inquisidor, pelo contraste de argumentações e estratégias das partes.¹⁶⁰ Em tal perspectiva, o direito à prova das partes não será um entrave à busca da verdade, mas sim uma premissa para que a verdade seja obtida de modo epistemicamente mais eficaz, através da dialética entre as partes, em sentido diverso ao da busca solipsística do inquisidor.¹⁶¹ O processo acusatório conserva, portanto, a finalidade de busca da verdade, mas substituindo o velho método monologante, por um método dialético de acerto dos fatos, que exige uma clara distinção entre as funções de juiz e acusador, além de estabelecer a paridade de armas entre este e a defesa.¹⁶² Essa divisão do conhecimento¹⁶³ entre as partes, ao longo da instrução irá gerar, no momento da sentença, o saber do juiz.¹⁶⁴

A comparação do processo acusatório com o inquisitório demonstra, inegavelmente, que há maior probabilidade de uma decisão justa quando a prova se forma a partir da atividade das partes, na dialética processual, ao invés da solitária pesquisa do órgão instrutor, seja ele o juiz ou o Ministério Público. Um saber depurado pelo contraditório oferece garantias maiores do que um saber buscado unilateralmente.¹⁶⁵ Enquanto o “monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador”, o diálogo “amplia o quadro de análise, constringe à comparação”.¹⁶⁶

159. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato...*, cit., p. 151. Para Dominioni (Profili sistematici..., cit., p. 20) a existência de um juiz destituído de funções acusatórias constitui uma das implicações mais significativas da presunção de inocência. No mesmo sentido, PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza...*, cit., p. 685.

160. Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Vladmiro. *Sul ruolo del giudice nel nuovo Codice di Procedura Penale. Cassazione Penale*, 1989. p. 918.

161. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea...*, cit., p. 37.

162. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale...*, cit., p. 6.

163. Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova no processo penal...*, cit., p. 70) faz referência ao “princípio da divisão do conhecimento”.

164. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento...*, cit., p. 1275.

165. IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale. Cassazione Penale*, 1992. p. 2031.

166. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 139.

Além disso, há diferença sobre a “verdade” a ser buscada. No processo inquisitório a verdade é ambiciosamente concebida como uma “verdade objetiva” ou “absoluta”.¹⁶⁷ Já a “verdade” no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e garantias processuais. Além disto, enquanto que a “busca da verdade” do processo inquisitório induz a pensar em qualquer coisa objetiva e autônoma em relação à escolha dos meios cognoscitivos, o “acertamento dos fatos” do processo acusatório depende do método empregado: variando o método, varia o resultado do acerto probatório.¹⁶⁸

Como observa Ferrua, na busca da “verdade” é preferível o realismo do modelo acusatório, que admite a limitação da busca da “verdade”, que será sempre relativa, à perigosa utopia do modelo inquisitório, em que tudo é justificado para se atingir uma verdade absoluta.¹⁶⁹

Sob o enfoque histórico, no paradigma acusatório/inquisitório, os poderes de iniciativa probatória do juiz ligam-se à concepção inquisitória. Contudo, de acordo com a forma e a estrutura processual em que tais poderes são exercidos, eles podem indicar, ora um verdadeiro processo inquisitório, ora um modelo acusatório atenuado.

Em suma, parece adequado falar em modelo ou sistema acusatório, relativamente ao processo penal no qual haja nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, que devem ser conferidas a pessoas distintas. Quanto à atividade probatória, pode ser rotulado de acusatório um sistema no qual seja reconhecido o direito à prova da acusação e da defesa, tendo ainda o juiz poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado.

Num certo sentido, porém, é de se reconhecer que os poderes instrutórios do juiz no processo penal são prejudiciais ao acusado. Vigorando o *in dubio pro reo* como regra de julgamento, se não houver prova suficiente para superar o estado inicial de inocência do acusado, a solução que se impõe é a absolvição. Num sistema em que o juiz não tivesse iniciativa probatória, se a prova produzida pela acusação fosse insuficiente para comprovar a culpabilidade, somente restaria ao juiz a absolvição. Porém, podendo o juiz determinar a produção de provas *ex officio*, é possível que uma prova produzida por determinação do juiz demonstre a culpa do acusado e leve-o à condenação.

167. UBERTIS, *Profili di Epistemologia Giudiziaria...*, cit., p. 39.

168. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione...*, cit., p. 135.

169. FERRUA, Paolo. *Contraddittorio e verità nel processo penale. Studi sul processo penale: anamorfosi del processo accusatorio*. Torino: G. Giappichelli 1997 v II p. 49

Os poderes instrutórios do juiz, nesse caso, não violam a presunção de inocência. Com ou sem poderes instrutórios do juiz, o acusado será presumido inocente e, ao final, em caso de não ter havido o accertamento positivo da imputação, seja quanto ao fato, seja quanto à autoria, será aplicada a regra de julgamento do *in dubio pro reo*. A diferença estará na possibilidade de um conjunto probatório mais limitado ou mais amplo para o juiz poder realizar o juízo de fato. Um sistema concreto em que o juiz tenha poderes instrutórios e, ao final, na dúvida sobre qualquer afirmativa das partes de fato penalmente relevante, deva absolver o acusado, será um sistema que respeita a presunção de inocência, embora privilegie mais a busca da verdade que a manutenção da dúvida.

De qualquer forma, isso não significa perda da imparcialidade, mas sim privilegiar um modelo que, havendo o predomínio das partes na atividade instrutória, sendo-lhes reconhecido um efetivo direito à prova, permite que para uma melhor busca da verdade – que é condição necessária de uma decisão justa – o juiz também tenha poderes para, em caráter subsidiário, determinar a produção de meios de provas, ensejando uma reconstrução dos fatos mais eficiente. Outrossim, não se pode esquecer que, por outro lado, a prova produzida *ex officio* também poderá demonstrar a inocência do acusado ou mesmo gerar dúvida sobre ela.

1.5. O objeto do processo penal

Exposta a concepção sobre qual é a finalidade ou escopo do processo penal, é preciso analisar qual é o seu objeto. Tendo em vista que esta obra se volta para a questão do processo como instrumento cognitivo quanto aos juízos de fato, o ponto principal é delimitar em que medida os fatos fazem parte do objeto do processo.

No processo penal, a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. Imputar é atribuir um fato penalmente relevante a alguém.¹⁷⁰ O conteúdo da imputação é, portanto, a afirmação do fato que se atribui ao sujeito,¹⁷¹ a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal.¹⁷² Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma

170. A caracterização da imputação como “atribuição” do fato é frequente na doutrina: ALTAVILLA, Enrico. La modificazione del fatto contestato: note sulla sentenza penale. *Rivista Penale*, 1934. p. 481; SANSÒ, Luigi. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 93; LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1961. v. II. p. 255; NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*. Ristampa. Padova: Cedam, 1969. p. 122.

171. Para Sansò (*La correlazione fra imputazione contestata e sentenza...*, cit., p. 262) “A descrição do fato se apresenta como um elemento *absolutamente necessário* da imputação” (destaques do autor).

172. Nesse sentido: CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale...*, cit., v. IV, p. 10; SANSÒ, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza...*, cit., p. 263, nota 13. Na doutrina