

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO**

EDUARDO EMANOEL DALL'AGNOL DE SOUZA



**OS PODERES DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES
ENTRE O JULGADOR E O ACUSADOR NO PROCESSO PENAL**

**Dissertação de Mestrado Científico em
Direito, com menção em Ciências
Jurídico-Criminais, sob a orientação do
Professor Senhor Doutor Manuel da
Costa Andrade, apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.**

**COIMBRA
2014**

SUMÁRIO

SIGLAS E ABREVIATURAS	3
INTRODUÇÃO	4
1. CONTRASTES NA INVESTIGAÇÃO DOS FATOS NA HISTÓRIA DO PROCESSO PENAL	10
1.1. Condicionantes ético-epistemológicos aos poderes instrutórios do juiz.....	10
1.2. A legislação e a doutrina jurídico-criminais das Ordenações Filipinas entre a matriz romano-canônica e o influxo iluminista.....	13
1.3. A estrutura probatória das Ordenações Filipinas sob a influência do <i>jus commune</i>	20
1.4. Os meios de obtenção da prova: as testemunhas, o interrogatório e a confissão.....	24
1.5. A instrução judicial: confissão, tortura, silêncio e contumácia do réu no interrogatório.....	26
1.6. Modificações estruturais de ordem gnoseológica e valorativa em matéria probatória após o influxo iluminista.....	34
2. A META DE ESCLARECIMENTO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL ..	37
2.1. A busca da verdade como discurso de realização dos valores do processo.....	38
2.2. A prova como instrumento de demonstração da veracidade das alegações.....	47
2.3. Âmbito proposicional da busca da verdade: o ato de esclarecer a verdade.....	52
2.4. Algumas conclusões.....	59
3. O SISTEMA ACUSATÓRIO NO QUADRO GERAL DOS SISTEMAS PROCESSUAIS-PENAI S.....	63
3.1. Modelos processuais: pluralidade de definições e finalidades das classificações....	66
3.2. O tipo acusatório de processo.....	72
3.3. Juiz ativo e juiz inerte na produção da prova e a preservação da separação de funções.....	82
A MODO DE CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA ENTRE A INVESTIGAÇÃO EX OFFICIO JUDICIS E A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	90
REFERÊNCIAS	94

SIGLAS E ABREVIATURAS

CPCB – Código de Processo Civil (Brasil)

CPCP – Código de Processo Civil (Portugal)

CPPB – Código de Processo Penal (Brasil)

CPPP – Código de Processo Penal (Portugal)

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJB – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

STJP – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

StPO – *Strafprozessordnung* (Alemanha)

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

INTRODUÇÃO

Na dogmática contemporânea, é amplamente aceita a ideia de que o *modelo* acusatório de processo penal não é, em princípio, incompatível com o *princípio* da investigação oficiosa¹. É dizer: um sistema processual penal que permite ao juiz determinar, no curso do processo, a produção das provas que considerar pertinentes não tem como consequência necessária a invasão funcional do julgador no espaço de atuação do acusador. A possibilidade de convivência harmônica das variáveis *processo acusatório* e *participação do juiz na produção da prova* é expressamente admitida em legislações processuais-penais que se estruturam de acordo com a máxima de um *processo acusatório integrado pelo princípio da investigação*, como é o caso do que ocorre na Alemanha e em Portugal².

¹ Argumenta-se com frequência – e com motivos pertinentes – que um processo que consagra o princípio acusatório mas incorpora em si o princípio da investigação não poderia ser considerado como de tipo acusatório, visto que a atividade investigativa do julgador necessariamente fragilizaria sua imparcialidade e sua objetividade e disso decorreria uma invasão funcional do juiz nas atividades típicas do acusador, mesmo que haja órgãos distintos e mesmo que o julgamento esteja vinculado pela hipótese acusatória. A crítica é relevante e deve ser satisfatoriamente refutada pelos defensores de um processo de tipo acusatório integrado pelo princípio da investigação (como o faz JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*. 1ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 71-72, especialmente). Essa crítica surge como resposta a tentativas de expandir a atuação instrutória do juiz com o uso de diversos argumentos como a visão difusa e idealista de um processo penal orientado em direção à consecução de uma verdade absoluta e epistemologicamente ingênua. A importância dessa perspectiva crítica revela-se diante de tendências legislativas reformadoras ligadas a impulsos contingentes de política criminal e pautadas pela flexibilização das formas processuais e pela expansão dos poderes probatórios do juiz até a fase do inquérito. Trata-se, portanto, de uma posição de recusa à expansão dos poderes instrutórios do juiz sob a rubrica da eficiência da atividade de persecução penal, como é o caso de algumas das alterações ao Código de Processo Penal brasileiro (CPPB) oriundas da lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que serão exploradas no capítulo 3.

² Na *Strafprozessordnung* (StPO) essa orientação acusatória integrada pelo princípio da investigação pode ser verificada no § 155: “(1) *Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat und auf die durch die Klage beschuldigten Personen.* (2) *Innerhalb dieser Grenzen sind die Gerichte zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet; insbesondere sind sie bei Anwendung des strafgesetzes an die gestellten Anträge nicht gebunden.*”. Em (1) são estabelecidos os limites objetivo e subjetivo do caso penal (*ne procedat iudex ultra et extra petitum*), supondo-se órgão de acusação diferenciado do julgador (o que não é enunciado neste artigo, mas é claro no conjunto da StPO). Em (2) está expressamente consignada a perspectiva de que, na condução do processo, o tribunal não está vinculado exclusivamente à produção de provas realizada pelas partes, nem à qualificação jurídica dos fatos dada por elas. Em relação a esses dois aspectos, o tribunal está ao mesmo tempo *autorizado* e *obrigado* a ter uma atuação independente. Em Portugal essa perspectiva acusatória integrada pela investigação é enunciada abertamente na Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 32.º, número 5, primeira parte: “*O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”. Os poderes de instrução do juiz estão distribuídos em diversas disposições do Código de Processo Penal de Portugal (CPPP), destacando-se seu artigo 340.º, número 1: “*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.*”. Trata-se de tema amplamente explorado por FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 51-80 e 187-198. PAULO DÁ MESQUITA observa que essa disposição constitucional permitiu a subsistência de alguma ambiguidade a respeito do modelo processual adotado, exatamente por se ter unido a estrutura acusatória com a carga de instrução processual atribuída

No entanto, a experiência processual demonstra que aquelas variáveis podem coexistir ambigualmente e em completa desarmonia. A permissão legal da investigação oficiosa do juiz pode apontar para uma tendência de se conferir feições inquisitivas ao processo penal³. Mesmo que não seja capaz de suplantar em definitivo a separação entre os órgãos acusador e julgador, a instrução *ex officio judicis* pode favorecer a expansão dos limites da atividade do julgador até ao ponto de se reconhecer que às vezes ela pode se transformar em uma verdadeira iniciativa *acusatória*⁴. Nisso inscreve-se uma forte inclinação de fragilização da imparcialidade e da objetividade dos tribunais⁵. Essa é uma tendência amplamente discutida pela doutrina processual-penal brasileira atualmente e também tem sido objeto de importantes considerações na Itália.

No plano de fundo do desencontro entre essas duas perspectivas, estão em conflito diferentes opções político-criminais nem sempre explícitas e situadas entre dois extremos. De um lado está a compreensão de que é necessário conformar a investigação realizada no decorrer do processo a limites estruturais claros; do outro está a ideia de que se deve primar pela eficiência da persecução penal na produção da prova, mesmo que em desfavor da clareza estrutural do sistema processual penal considerado como um todo.

No Brasil, a coexistência desarmônica entre sistema acusatório e instrução processual *ex officio* é favorecida pela ambiguidade da legislação processual penal atual, que tem como marco central o Código de Processo Penal (CPPB), publicado em 1941.⁶ De acordo com a Exposição de Motivos do CPPB, pretendia-se conferir ao juiz a prerrogativa de “ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade”. Há uma clara orientação em direção à permissão de que o magistrado

ao juiz, o que, segundo ele, “fundamentou uma corrente favorável ao *inquisitório mitigado* de matriz francesa”. Para MESQUITA, essa ambiguidade só teria sido superada com o Código de Processo Penal português de 1987 (CPPP), que estabeleceu com maior clareza a separação entre os órgãos acusador e julgador, o direito do arguido a conhecer o conteúdo da acusação e o contraditório judicial da acusação (Justiça penal – alguns dos seus problemas e desafios. In: PAULO DÁ MESQUITA, *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 435).

³ Entende-se inquisitivo, neste momento, como um processo penal orientado pelo *princípio* inquisitivo ou inquisitório, que é a antinomia teórica do princípio da acusação, e segundo o qual não existe uma necessária separação institucional ou funcional entre os órgãos de julgamento e de acusação, podendo o julgador iniciar o procedimento acusatório através de hipótese acusatória formulada por ele mesmo.

⁴ A expressão *iniciativa acusatória* foi tomada de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA. (*Curso de processo penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2010, p. 350)

⁵ Imparcialidade e objetividade do julgador que estão, segundo FIGUEIREDO DIAS, na base da evolução do processo penal tipo inquisitório para o tipo acusatório. (*Direito processual penal*, 1ª reimpr., 2004, p. 136)

⁶ Código que foi editado pelo Poder Executivo através de decreto-lei e assinado pelo então Ministro de Justiça FRANCISCO CAMPOS. A edição desse Código faz parte do amplo esforço de centralização do poder do Estado empreendido por Getúlio Vargas durante o período político conhecido no Brasil como Estado Novo.

possa investigar durante o curso de um processo criminal, mas não se desenha uma inclinação inequívoca a um tipo ou modelo processual teórico ou histórico específico.⁷

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em 1988, ganharam força vozes da literatura jurídica que procuraram compatibilizar as disposições constitucionais e processuais penais com a estrutura de um processo penal de matriz acusatória⁸, inclinando-se em favor de uma completa desambiguação dos âmbitos de atuação dos órgãos acusadores e julgadores. Uma das principais propostas dessa tendência acusatória é a limitação ou até mesmo a completa proibição do poder de instrução oficiosa do julgador, sem prejuízo do exercício de sua livre e motivada convicção na valoração do material probatório levado ao processo.

Mas a longevidade desse diploma processual, que sobreviveu a profundas transformações constitucionais e mutações jurisprudenciais, chegando aos nossos dias já

⁷ Não se pode afirmar com segurança que haveria uma opção clara nesse Código por um dos tipos teóricos ou históricos tradicionalmente utilizados como modelos de referência, como o acusatório e o inquisitório. Na Exposição de Motivos do CPPB, ao mesmo tempo em que se afirma que “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, que conferiria “um tão extenso catálogo de garantias e favores” ao réu, ao ponto de se considerar que isso tornaria a repressão penal defeituosa, estão presentes características fundamentais do processo de tipo acusatório, como as regras do *ne procedat iudex ex officio* e do *ne procedat iudex ultra petitem et extra petitem*. Não há critério seguro que permita concluir que houve opção por um determinado modelo teórico prévio, nem critério que permita afirmar que o resultado final do Código corresponderia a um tipo determinado. Aqueles que afirmam que o processo penal brasileiro é acusatório com base em determinados aspectos (por exemplo, porque o processo não pode ser iniciado pelo juiz, porque o acusador e julgador devem ser pessoas ou órgãos diferentes e porque existe necessidade de que haja correlação entre a acusação e a sentença) terão tanta razão para dizê-lo quanto aqueles que afirmam tratar-se de um modelo inquisitório em virtude de outros aspectos (por exemplo, por causa do amplo poder de produção de provas que o juiz possui, podendo investigar durante o inquérito e podendo chamar ao processo testemunhas não arroladas pelas partes). Embora seja inegável que na gênese do CPPB havia uma tendência de redução de garantias individuais em favor de um discurso da primazia da eficiência da persecução penal, não se pode afirmar inequivocamente que esse Código adotou um *modelo* ou um *sistema* de tipo inquisitório. Apesar dessa indefinição estrutural, a doutrina processual-penal brasileira contemporânea afirma quase unanimemente que o CPPB, em suas feições iniciais, teria sido cunhado de acordo com uma perspectiva *inquisitória* e que depois da CRFB de 1988 o processo teria se inclinado na direção de uma perspectiva *acusatória*. Essa distinção é fundada principalmente na associação da noção de processo inquisitório a um tipo de Estado autoritário e da noção de processo acusatório a um tipo de Estado democrático. Em sentido contrário, pode-se mencionar JACINTO MIRANDA COUTINHO, que sustenta que a adoção do princípio inquisitivo no processo tem um efeito estrutural inquisitório (JACINTO MIRANDA COUTINHO, Introdução aos princípios do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, 1998, p. 163-198), o que faria com que nos dois momentos políticos assinalados persistisse uma tendência estrutural inquisitória.

⁸ Não obstante o fato de que as compreensões do que seria um processo acusatório sejam muito diferentes entre si. MAURO FONSECA ANDRADE relata que até a promulgação da CRFB, a temática dos modelos processuais era, na literatura especializada do país, matéria introdutória não cotejada com as disposições legais do Código de Processo Penal. (MAURO FONSECA DE ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2013. p.461-462). Embora a afirmação seja contundente no que se refere aos manuais de processo penal, antes da CRFB já se podia vislumbrar, por exemplo, na obra de JOSÉ FREDERICO MARQUES uma atenta observação da problemática dos modelos processuais, da correspondência deles com os fins gerais do processo e com a estrutura probatória do CPPB, além de sua articulação com disposições constitucionais (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, 1ª ed. revista e atualizada. Campinas, Bookseller, 1997, p. 67-72 e 179-182).

desfigurado⁹, a falta de clareza estrutural em suas próprias disposições, as dificuldades de integrá-lo com o texto da Constituição atual e as diferentes inclinações políticas de seus estudiosos, comentadores e aplicadores culminaram em desencontros doutrinários que se manifestam no campo comum das categorias processuais-penais, como nas dicotomias das matrizes processuais acusatória *versus* inquisitória, do princípio da verdade real *versus* o princípio da verdade processual (envolvendo discussão a respeito do próprio significado da busca da verdade no processo penal), do princípio inquisitivo ou da investigação oficiosa *versus* o princípio dispositivo etc. Esses desencontros são apenas a superfície visível de um estado de coisas complexo e de difícil assimilação.

Em matéria probatória, as exposições da doutrina brasileira voltam-se a essas grandes categorias, buscando posicionar seu processo penal dentro dos limites de clareza e coesão que elas seriam capazes de oferecer, com o objetivo de estabelecer a identidade dos mecanismos de prova e torná-los claramente apreensíveis quando considerados em conjunto. Mas as compreensões a respeito do que significam os sistemas processuais e princípios como o *acusatório*, o *inquisitório* e a *verdade real* são diversificadas e, às vezes, díspares entre si¹⁰, assumindo significados nitidamente diferentes em comparação com as definições apresentadas em países que têm estruturas processuais delimitadas com maior clareza e um espaço de atuação instrutória do juiz melhor definido.

Disso resulta um quadro de crescente complexidade, de progressivos desencontros e de escamoteamento daquelas opções político-criminais de fundo sob a roupagem hermética dessas categorias processuais. Entretanto, os problemas decorrentes da possibilidade de atuação oficiosa do juiz sem a existência de limites estruturais claros permanecem sem solução, na mesma medida em que se mostra urgente a necessidade de resolvê-los¹¹.

⁹ As alterações legislativas são numerosas e tem especial destaque a reforma editada no ano de 2008, especialmente através das leis 11.689 e 11.690, de 09 de junho de 2008, e da lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

¹⁰ Essa disparidade pode ser exemplificada com a seguinte comparação. Para MAURO FONSECA ANDRADE, amparado em um profundo estudo histórico dos sistemas processuais, as características essenciais do sistema acusatório são a separação entre órgãos julgador e acusador e a instauração do processo exclusivamente com o oferecimento da acusação. (ANDRADE, *Sistemas processuais penais...* p. 480) Para JACINTO MIRANDA COUTINHO, a característica fundamental do sistema acusatório (seu princípio unificador) é a completa passividade do julgador na produção das provas. (COUTINHO, *Introdução aos princípios...* p. 163-198)

¹¹ Observa-se nos tribunais brasileiros uma disparidade de compreensões sobre a extensão dos poderes instrutórios do juiz e sobre o significado da perspectiva global a ser adotada. A título de exemplo, menciona-se dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJB). O Acórdão do Recurso Ordinário em *habeas corpus* n.º 23.945/RJ, publicado em 16 de março de 2009 e de relatoria da Ministra JANE SILVA,

A diversidade de perspectivas sobre esse tema torna a investigação intrincada e árdua. Todas as tentativas de descrever um processo penal dado de acordo com as classificações dos modelos ou dos sistemas processuais partem da eleição de determinadas características e da exclusão de outras; eleição e exclusão cujos critérios pressupõem juízos de valor que nem sempre são de fácil aferição¹². Desse modo, as classificações dos sistemas processuais são variadas e as tentativas de fundá-las em modelos teóricos ideais ou em práticas processuais ancestrais que tiveram existência histórica apresentam consideráveis dificuldades e limitações¹³. Conforme o símile preciso de MIRJAN DAMAŠKA, na classificação dos modelos processuais, assim como na classificação das obras de arte de acordo com um estilo determinado, “*it seldom occurs that a particular work of art fully embodies a style*”¹⁴.

Neste estudo, pretende-se investigar a repercussão estrutural da atuação probatória *ex officio* do juiz no processo penal. Trata-se de saber se o ato de se conferir poderes investigativos ao julgador no âmbito da justiça criminal é compatível com uma concepção geral de processo penal acusatório, estruturado de acordo com uma rígida separação entre as funções exercidas pelos órgãos estatais encarregados da acusação e do julgamento¹⁵.

contra ato realizado pelo juízo de primeira instância, manifestou entendimento de que não é possível que o juiz realize, ainda na fase pré-processual, interrogatório do investigado, visto que, para a Ministra, “o sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes. (...) No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem”. Já no Acórdão do Recurso Ordinário em *habeas corpus* 24.203/RS, publicado em 4 de abril de 2001 e de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, decidiu-se que o juiz pode chamar ao processo e ouvir testemunhas que julgar pertinentes, além das que foram indicadas pelas partes, “sem qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da verdade real”.

¹² Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 2. ed., Roma: Laterza, 1990, p. 575.

¹³ Como bem observou LUIGI FERRAJOLI, a distinção entre sistema acusatório e inquisitório pode ser estabelecida a partir de critérios de natureza teórica ou histórica e há uma clara assimetria entre os aspectos de cada um dos modelos conforme o critério utilizado, do que se extrai a conclusão de que “*questa asimmetria è stata fonte di molteplici confusioni, avendo fatto spesso ritenere come essenziali all'uno o all'altro modello teorico elementi appartenenti di fatto alle loro rispettive tradizioni storiche ma logicamente o non necessarie a nessuno dei due o compatibili con entrambi*”. (LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 575)

¹⁴ Conforme o autor, “*comparison with styles can be carried further. To classify a work of art as belonging to a particular style, it is thought sufficient that the work encompass some, though not all, elements of the stylistic ideal. For example, although Notre Dame Cathedral in Paris, lacking spires, does not fully express the vertiginous, sky-bound drive of other Gothic cathedrals, it is still unmistakably within the Gothic convention.*” (MIRJAN DAMAŠKA, *The faces of justice and state law authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 5)

¹⁵ Processo penal de estrutura, modelo ou tipo acusatório é entendido neste momento como processo que tem como *condições necessárias* o princípio da *oficialidade*, segundo o qual o início e a condução do processo são atividades monopolizadas por órgãos estatais (com algumas exceções em relação ao início, nos delitos de iniciativa privada e nos delitos que dependem de autorização especial do ofendido para

A avaliação da compatibilidade entre instrução *ex officio judicis*, a imparcialidade do julgador e o sistema acusatório é feita neste trabalho em três momentos. No primeiro, a classificação dos processos penais com categorias processuais gerais é contrastada com a experiência processual lusófona desde o século XVIII. Com isso, aponta-se para as variações dos instrumentos e técnicas probatórias, mesmo quando estão em jogo fins cognoscitivos semelhantes, e para a necessidade de se voltar a atenção da análise das práticas probatórias à diversidade de perspectivas gnoseológicas e valorativas que as orientam. No segundo momento, faz-se uma incursão aos problemas da prova como instrumento de esclarecimento da verdade em processo penal. A análise volta-se, nesse ponto, à tentativa de desambiguação de aspectos teóricos que têm repercussão direta sobre a compreensão do alcance e dos limites da investigação realizada no processo e, conseqüentemente, sobre a extensão dos poderes instrutórios do juiz. No último momento, trata-se de analisar as categorias processuais propriamente ditas, à luz dos dados obtidos nos capítulos anteriores, para que se tente avaliar quais delas favorecem uma equivocidade funcional entre o acusador e o julgador e quais são favoráveis à distinção desses âmbitos. Com isso, pretende-se compreender como é possível que as mesmas categorias tenham implicações tão distintas entre legislações e doutrinas processuais-penais alinhadas a fins semelhantes e pretende-se avaliar a compatibilidade da participação do juiz na instrução com o princípio da separação de funções.

serem iniciados) e o *princípio acusatório* ou *princípio da acusação*, que supõe a separação de funções entre os sujeitos ou órgãos estatais encarregados de exercer a atividade processual do acusador e os sujeitos ou órgãos encarregados de desempenhar o papel de julgadores, de modo que o juiz desempenhe as atividades inerentes à sua função jurisdicional de acordo com os limites estabelecidos materialmente por uma acusação formulada por órgão distinto. Em estreita relação com o princípio da oficialidade, o princípio da acusação estabelece que o julgador não pode, em nenhuma circunstância, *iniciar* um processo criminal de ofício e que sua atividade está vinculada aos limites de uma acusação formulada por terceiro (o órgão acusador ou o particular, nos casos de ação penal de iniciativa privada), não podendo abranger em sua atuação processual fatos ou pessoas que não estejam presentes na acusação. O princípio da oficialidade, ligado à promoção ou impulsão do processo, não se confunde com o princípio da investigação, inquisitivo ou da verdade material, relativo a questão de prova. De acordo com essa formulação, é fundamental salientar que a questão de se saber se o juiz deve ou não ter papel investigativo não tem como ponto de partida necessário ou condição indispensável a adoção do princípio acusatório. Parte-se, portanto da direção apontada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal...* p. 126 e CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal...* p 86-87.

1. CONTRASTES NA INVESTIGAÇÃO DOS FATOS NA HISTÓRIA DO PROCESSO PENAL

1.1. Condicionantes ético-epistemológicos aos poderes instrutórios do juiz

Ao longo de sua história, o processo penal de origem europeia continental demonstrou possuir uma tendência clara em direção à meta de obtenção da *verdade* a respeito do fato levado à apreciação judicial¹⁶. Essa orientação subsistiu a uma multiplicidade de diplomas legais e de tradições jurídicas que seriam aparentemente inconciliáveis. Subsistiu, inclusive, à dramática transição entre períodos do pensamento jurídico-penal radicalmente distintos que se operou nos séculos XVIII e XIX entre a predominância do *jus commune* e o influxo iluminista na Europa. Mesmo com as profundas transformações pelas quais passaram os métodos de obtenção da prova, com a modificação das práticas processuais e, contemporaneamente, com a pluralização de perspectivas a respeito do que seria a verdade buscada no processo, – incluindo perspectivas de direito probatório que se infiltraram a partir de campos do saber externos ao direito e resultaram, conforme o diagnóstico preciso de AROSO LINHARES, em uma *reciprocidade distanciante*¹⁷ –, aquele escopo de fundo permaneceu preservado como uma das metas gerais do processo¹⁸.

As práticas processuais transformam-se historicamente e são diretamente condicionadas pela cultura e pelas práticas de suas respectivas comunidades jurídicas. Em diferentes panoramas de cultura jurídica, aquela diretriz geral de obtenção da verdade através do processo presta-se à realização de diferentes valores. Por isso, observa-se que a meta de esclarecimento da verdade, que justificou o uso da tortura no direito do *jus commune*, continua presente no processo penal contemporâneo, que procura integrá-la a um amplo escopo de respeito à dignidade do ser humano, entendido como perspectiva compatível – e não antinômica – a ela¹⁹. Seja como seu fundamento

¹⁶ Esse estilo é diferente da composição do litígio de *common law*, da antiga composição dos povos bárbaros e de outras maneiras de composição, em que a pacificação da perturbação causada pelo fato tido como criminoso não é necessariamente obtida através do sentimento de justiça que deriva da descoberta da verdade, mas mediante técnicas adversariais de resolução do litígio.

¹⁷ JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento do vol. XXI, Coimbra, 1988. p. 3-7.

¹⁸ Cf., por exemplo, CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal...* p. 2.

¹⁹ Como aponta FIGUEIREDO DIAS, ao afirmar que “Indiscutida, por outro lado, é hoje a ideia de que as finalidades primárias a cuja realização processo penal se dirige são, de uma parte, a realização da justiça e a descoberta da verdade, como formas necessárias de conferir efectividade à pretensão punitiva do

ou corolário, a meta de obtenção da verdade por meio do processo penal está ligada diretamente à consecução de uma dimensão ético-política do Direito Penal.

Além da realização desses valores, a obtenção de uma sentença materialmente correta supõe a subordinação das regras e práticas probatórias a um determinado esquema gnoseológico difundido em uma cultura jurídica. O repúdio à injustificável violência do interrogatório realizado com o emprego de tortura foi razão suficiente para que ela tenha se tornado método coativo ilegítimo para produzir prova. Mas, para além desse imperativo de respeito à dignidade do ser humano, erigiu-se também a percepção de que o uso de coação física e psicológica contra o interrogado retira a credibilidade da confissão obtida através desses meios pela profunda descrença sobre a validade epistêmica desse pretensão método de investigação²⁰.

Conforme aponta LUIGI FERRAJOLI, o que diferencia o processo penal da atualidade de métodos sumários de obtenção de justiça é o fato de que este persegue, através do conjunto de seus procedimentos, duas finalidades: a punição do culpado pela prática de um delito e a tutela do inocente. A história do direito penal pode ser exprimida como a história do conflito entre aquelas duas finalidades, que são logicamente complementares, mas que se mostraram, na prática, contrastantes. Os métodos ou estilos processuais acusatório e inquisitório são, inclusive, frequentemente utilizados para caracterizar os diferentes acentos dados a essas duas finalidades.²¹

A realização dessas finalidades através do processo supõe sua conformação a perspectivas éticas e gnoseológicas determinadas, geralmente tratadas como opostas nesses diferentes estilos processuais. No entanto, conforme argumenta FERRAJOLI, nenhuma dessas duas formulações amplas de sistemas processuais ignora aquelas finalidades. O que muda entre elas, em essência, são os modos de compreensão da capacidade que o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, possui para atingir aquelas finalidades gerais do processo. O estilo processual associado à noção de inquisitório tenderia a conferir maior credibilidade à bondade do exercício do poder e à sua

Estado, de outra parte a proteção face ao Estado dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido; e, de outra parte ainda, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a consequente reafirmação da validade da norma violada.” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, jan-mar 1998, Coimbra: Coimbra Editora, p. 202.)

²⁰ Chama atenção pela precisão da demonstração dessa descrença epistêmica na tortura, aliada a um eloquente repúdio de índole ética, o famoso libelo de PIETRO VERRI *Osservazioni sulla tortura* publicado na segunda metade do século XVIII. (PIETRO VERRI, *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 85-97, especialmente.)

²¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 619.

capacidade de alcançar idoneamente a verdade, enquanto o acusatório manteria uma constante desconfiança no poder como fonte de produção de *verdade*.²² Trata-se de duas epistemologias do juízo opostas. Uma que concebe o processo como manifestação soberana de um único sujeito e outra que o entende como uma dinâmica de disputa entre vários. O fim de obtenção da verdade – que se traduz em termos concretos na obtenção de uma sentença materialmente correta – permanece presente em ambas, mas são diversos os modos de compreensão a respeito dos métodos de sua obtenção²³. A variação dos métodos tem uma evidente repercussão no modo de se conceber o papel do magistrado no processo, desde o momento de impulsão inicial até a produção e a valoração das provas na produção do veredito final.

Neste capítulo será realizada uma breve incursão a uma parte da história da doutrina das práticas probatórias empregadas na justiça criminal lusófona para salientar a repercussão desse vínculo ético e gnoseológico do processo nos poderes instrutórios do juiz. Com isso, não se pretende executar uma completa reconstrução histórica do processo penal português²⁴, nem classificar estruturas processuais de acordo com os rótulos dos sistemas acusatório, inquisitório ou misto. A análise empreendida tende, inclusive, a revelar as dificuldades desse esforço classificatório e a sua insuficiência descritiva. Pretende-se tão somente colocar em primeiro plano o contraste que se pode observar entre os diferentes meios empregados para a obtenção de uma mesma finalidade – a verdade sobre o fato levado a juízo – de acordo com as modificações das tendências gnosiológicas e dos valores de índole ética, reputados fundamentais em diferentes épocas, em diferentes modelos de organização políticas e em diferentes percepções do exercício do poder político, que conduzem à demonstração da contingência dos métodos e técnicas de escrutínio dos fatos e de obtenção da prova, e se refletem no modo como o próprio poder de instrução do juiz é compreendido.

²² LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 619.

²³ A esse respeito, FERRAJOLI enfatiza a vocação do inquisitório em direção a uma epistemologia substancialística e decisionista, enquanto o acusatório direciona-se a uma epistemologia de verificação e refutação, que o autor italiano procura aproximar ao modelo teórico *falsificacionista* de KARL POPPER. (LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 620.)

²⁴ Embora este estudo concentre-se em uma descrição das Ordenações em matéria de processo criminal a partir da legislação e das construções teóricas dos juristas, não se negligencia a existência de uma distância entre os institutos jurídicos interpretados a partir dessas fontes e o cotidiano forense da época, nos diversos tribunais sujeitos às Ordenações, em matéria criminal. Remete-se aqui a um relevante estudo de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA que assinala importantes questões relativas à distância do direito erudito dos letrados e a realidade local do direito. (ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 2, Lisboa, dez -1988.)

1.2. A legislação e a doutrina jurídico-criminais das Ordenações Filipinas entre a matriz romano-canônica e o influxo iluminista

No plano de fundo da cultura jurídica da época de implementação das Ordenações estavam o Humanismo e a Renascença, que representaram uma importante evolução para os estudos romanísticos e canônicos. Essa inspiração cultural foi recebida em Portugal de modo a se combinar, conforme salienta MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “as vantagens práticas do método dos comentadores com as exigências eruditas e, sobretudo, com os postulados hermenêuticos devidos à modernidade humanista”²⁵. A introdução do Direito Canônico e do Direito Romano em Portugal foi lenta e se consolidou apenas com a publicação das Ordenações Afonsinas, em 1446. EDUARDO CORREIA afirma que o deslocamento de uma concepção do processo penal acusatória para uma inquisitória em Portugal foi condicionada pela afirmação do poder real no século XIII, pela recepção do Direito Romano de tipo Imperial e, sobretudo, pela influência do Direito Canônico após o Concílio de Latrão (1215), como reação à heresia e à cisma religiosa.²⁶

Mas essas não foram as únicas influências das Ordenações em matéria criminal. No direito das Ordenações havia reminiscências da perda da paz do direito penal bárbaro da Idade Média, com o uso mitigado da *compositio*²⁷. O processo criminal passou a ser escrito e solene através de um processo gradativo que teve uma especial e inegável influência do desenvolvimento dos estudos universitários²⁸. O Direito Criminal começou a se individualizar do Direito Civil e do Canônico na Europa a partir do século XVI, até atingir um estatuto próprio no século XVIII. Em Portugal, no entanto, a autonomização desse ramo jurídico só se realizou por completo com os Códigos do século XIX.

É de amplo conhecimento que as Ordenações Afonsinas consagraram em seu quinto livro uma disciplina criminal marcada por penas cruéis, com feições expiatórias e

²⁵ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*. 4. ed. 1ª, reimpr. Coimbra: Almedina, 2010. p. 358.

²⁶ EDUARDO CORREIA, Les preuves en droit penal portugais. *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XV, Coimbra: Tipografia da Atlântida, 1967. p. 10.

²⁷ Em que a quantia pecuniária de reparação ao lesado ou à família dependia de sua *dignitas*. Cf. EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*. (Separata do Volume LIII do Boletim da Faculdade de Direito) v. 1. Coimbra, 1977. p. 52 e ANDRÉ LAMAS LEITE, Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, v. III, 2006, p. 81.

²⁸ ANTÓNIO LUIZ HENRIQUES SECCO, *Da história do direito criminal portuguez desde os mais remotos tempos*. Lisboa, 1871. p. 549.

intimidantes²⁹ e por notáveis desigualdades em sua aplicação, o que, conforme análises contemporâneas, conferiu às suas penas um verdadeiro caráter instrumental-estratégico de intimidação³⁰. Quanto à investigação criminal, aceitava-se a estrutura de *acusação* do Direito Romano, que convivia com as *querellas* ou *querimonias* dos antigos costumes nacionais e com procedimentos inquisitivos de direta influência do Direito Canônico³¹. A coexistência desses diferentes métodos de impulso inicial do processo demonstra, desde o princípio, a dificuldade de classificação das Ordenações de acordo com modelos processuais determinados. Comparativamente, as Ordenações subsequentes – Manuelinas e Filipinas – não promoveram alterações substanciais nesses aspectos³².

Com a substituição das Ordenações Manuelinas (vigentes entre 1513 e 1603), as Ordenações Filipinas, que tiveram sua vigência iniciada em 1603, atravessaram o jusracionalismo setecentista, encontrando sobrevida no período das codificações do século XIX³³. Em âmbito jurídico-criminal, não houve uniformidade nos modos como as Ordenações Filipinas foram compreendidas e aplicadas durante o período em que tiveram vigência. Este é um fato que não causa espanto em razão da excepcional longevidade desse diploma³⁴. Nesse quadro temporal heterogêneo houve um volume considerável de circunstâncias de ordens diversas que coexistiram com as Ordenações Filipinas e tiveram um importante impacto especialmente no Direito Criminal. Pode-se

²⁹ ANTÓNIO DE AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Notice sur l'évolution du droit pénal portugais*. Lisboa: Imprimerie Nationale, 1888. p. 7.

³⁰ ANDRÉ LAMAS LEITE, Notas sobre os crimes omissivos... p. 87.

³¹ Sobre a influência do Direito Canônico nas Ordenações, CASTELLO BRANCO, já de uma perspectiva ilustrada, manifestou o desprezo dessa perspectiva sobre “*la ténébreuse procédure par enquête du droit canonique*”. (CASTELLO BRANCO, *Notice sur l'évolution...* p. 6.)

³² Observa-se que na própria disposição dos conteúdos pelos livros das diferentes Ordenações não houve alterações significativas. Em relação à passagem das Manuelinas às Filipinas, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA enfatizou que se procurou “realizar uma pura revisão actualizadora das Ordenações Manuelinas” e “procedeu-se, via de regra, à reunião, num único corpo legislativo dos dispositivos manuelinos e dos muitos preceitos subsequentes que se mantinham em vigor”. (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito...* p. 320) Esse autor ainda menciona que a redução das inovações ao mínimo na edição das Ordenações Filipinas resultou em problemas como a não reformulação adequada de preceitos, a subsistência de normas em desuso ou revogadas, a falta de clareza do texto e contradições. A falta de originalidade e os defeitos acima expostos ficaram conhecidos como “filipismos”. (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito...* p. 323.)

³³ As Ordenações Filipinas tiveram sua vigência iniciada em 1603. Os trabalhos preparatórios foram concluídos em 1595. Sua vigência efetiva iniciou-se apenas com lei de 11 de janeiro de 1603, já no reinado de Filipe II. Em Portugal, foram aplicadas até 1867 e, no Brasil, até 1916, anos em que ocorreram as respectivas publicações dos Códigos Cíveis dos dois países. Em âmbito criminal, essas Ordenações tiveram uma duração menor. Em Portugal, o processo criminal das Filipinas foi revogado pelas reformas judiciais das décadas de 1830 e 1840. No entanto, a sistematização da legislação processual-penal ocorreu apenas em 1929, com edição do primeiro Código de Processo Penal. O direito penal substantivo das Ordenações, por sua vez, foi revogado pelo Código Penal de 1852. No Brasil, as disposições penais adjetivas e substantivas foram substituídas, respectivamente, pelo Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 e pelo Código Criminal de 1830.

³⁴ ANDRÉ LAMAS LEITE, Notas sobre os crimes omissivos... p. 78.

destacar os atos legislativos que modificaram pontualmente a regulação da matéria criminal, merecendo destaque a legislação penal pombalina³⁵ e as reformas judiciárias da primeira metade do século XIX³⁶, além das tentativas de reforma global da legislação criminal com projetos de novos códigos e a situação do ensino universitário do Direito Criminal³⁷. Nenhuma dessas alterações, no entanto, teve impacto tão decisivo quanto a mudança de ideário provocada pelo influxo Iluminista no Direito Criminal.

A sobrevivência das Ordenações Filipinas a circunstâncias tão complexas resultou em um importante conjunto de leis extravagantes³⁸. Numa síntese de conjunto de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, o conteúdo das leis extravagantes visava a manutenção da ordem pública, estabelecendo providências de ordem penal, como o porte de armas, o conflito de competência entre órgãos jurisdicionais e os impostos³⁹. Os diplomas mais importantes da legislação extravagante eram as *cartas de lei*⁴⁰ e os *alvarás*⁴¹. No entanto, os limites entre os aspectos formais desses diplomas não foram seguidos à risca e surgiram, na prática, variações⁴².

A primeira fase da legislação pombalina foi marcada pelo esforço de centralização do poder régio e, em matéria criminal, a lei penal acabou por ser instrumentalizada pelo monarca⁴³. Houve grande produção legislativa no período. Procurou-se a produção de um efeito geral de intimidação, buscando-se atribuir à justiça criminal os signos da celeridade e da brutalidade⁴⁴. Buscou-se, ainda, durante esse

³⁵ A legislação pombalina engloba diversos fatores de modificação da regulação da matéria criminal. Pode-se salientar a título de exemplo a produção legislativa da década de 1750 e o novo Regimento do Santo Ofício da Inquisição, em 1774. Estas são questões que serão exploradas em maior detalhe neste trabalho. Para uma caracterização da amplitude desta matéria, Cf. RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Traços da legislação penal pombalina*. In: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Et. Al.), *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 241-257. No mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a evolução das penas...*

³⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *As instituições criminais em Portugal no século XIX subsídios para sua história*. *Análise Social*. vol. XVI, nº 63, Lisboa, 1980.

³⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos sobre a autonomização do direito penal no ensino universitário português*. Direito e Justiça, separata do Volume II, Coimbra, 1981-1986.

³⁸ Em relação à ordem do processo criminal, destacam-se as leis de 6 de dezembro de 1612 e um decreto de 5 de março de 1790, que reconheceu que o segredo do preso era uma espécie de tormento.

³⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito...* p. 326.

⁴⁰ Disposições legais com condão de vigorar por mais de um ano.

⁴¹ Textos legais destinadas a ter vigência inferior a um ano.

⁴² Havia ainda *decretos*, endereçados a destinatário específico, geralmente ministro ou tribunal; *cartas régias*, *resoluções* (respostas a consultas feitas por tribunais); *portarias* e *avisos* (ordens expedidas pelos secretários de Estado em nome do monarca, que tinham, aquela, aplicação geral e, esta, destinatário específico). (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito...* p. 326-329.)

⁴³ RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 91.

⁴⁴ RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina...* p. 119. Destacavam-se o aviso de 27 de janeiro de 1757, o decreto de 4 de novembro de 1755, o decreto de 11 de dezembro de 1758 e o alvará de 25 de junho de 1760.

período, atenuar o arbítrio judicial em matéria criminal: se houvesse severidade excessiva, poder-se-ia recorrer à *indulgentia pincipis*. Segundo RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, o legislador pombalino concentrou o reforço da legalidade principalmente na direção do estreitamento do arbítrio judicial e apenas secundariamente no sucesso da política criminal repressiva adotada na época.⁴⁵

As Ordenações Filipinas absorveram também regras da inquisição, promovida pelo Tribunal do Santo Ofício, instaurado em 1536⁴⁶ e que teve duas reformas regimentais importantes. Além do Regimento de 1640, destaca-se o novo Regimento da Inquisição, confirmado em 1774, que representou o maior marco da reforma pombalina na inquisição. O novo regimento estabelecia a utilização limitada da tortura, apenas para o crime de heresia⁴⁷, com o seguinte texto: “Sendo a tortura huma cruelíssima especie de averiguação de Delictos: Inteiramente estranho dos pios e misericordiosos sentimentos da Igreja Mãe: A mais segura intervenção para castigar hum Innocente fraco, e para salvar hum culpado robusto, ou para extorquir a mentira de ambos.”⁴⁸ Houve também um alargamento dos direitos de defesa do réu⁴⁹. PEDRO VILAS BOAS TAVARES chegou a referir-se ao período pombalino, nesse sentido, como um em que se julgou possível “harmonizar inquisição e ilustração”⁵⁰. Não obstante, o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição foi abolido apenas em 24 de Março de 1821.

Na segunda metade do século XVIII, foram dirigidas duras críticas ao emprego da tortura como instrumento de obtenção de prova na Europa; perspectiva resultante da mudança dos arquétipos filosóficos do conhecimento e, na justiça criminal, com a perspectiva de ascensão da prova livre, que teria substituído a tarifação legal do valor da prova,⁵¹ dentre outros. As vozes críticas amparavam-se especialmente na produção

⁴⁵ “O reforço do princípio da legalidade funcionava, isso, sim, como mais uma garantia para o êxito do arbítrio legislativo régio no plano prático-concreto e, em última instância, como condição de sucesso da política repressiva por esse tempo perfilada.” RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina...* p. 151.

⁴⁶ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...* p. 35.

⁴⁷ Livro 2, Título 3, § 3.

⁴⁸ *Regimento do Santo Offício da Inquisição dos Reinos de Portugal*. Lisboa: Officina de Miguel Manescal da Costa, 1774. Livro 2, tit. 3, p. 54.

⁴⁹ Livro 2, Título 4.

⁵⁰ PEDRO VILAS BOAS TAVARES, Da reforma à extinção: a inquisição perante as “luzes”, *Revista da Faculdade de Letras “Linguas e Literaturas”*. Porto, nº XIX, 2002. p. 174.

⁵¹ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*: estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 44. É importante notar, no entanto, que a substituição de um sistema de prova legal pela prova livre na valoração judicial é uma matéria controversa, visto que não há consenso sobre a existência nem de um modelo puro de prova legal nem de um modelo puro de prova livre. Cf. BRUNO CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura dela prova. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 3. Jul-set 2008. Milano: Giuffrè. p. 969.

intelectual de MONTESQUIEU, BECCARIA, VOLTAIRE e FILANGIERI, que foram alguns dos pensadores ilustrados de maior repercussão na cultura jurídico-criminal do século XVIII.

Esse gradual influxo iluminista na segunda metade do século XVIII foi sentido também em Portugal. Destaca-se a tentativa de alteração da legislação penal tentada pela DONA MARIA I. Em seu projeto de Código Criminal, redigido por MELLO FREIRE, não se admitiam penas cruéis e houve significativa redução das penas fiscais⁵². Ainda assim, não foi proposta no projeto a abolição da pena de morte⁵³. Mesmo sem a aprovação desse projeto, uma lei de 5 de março de 1790 reconheceu que a tortura caiu em desuso em Portugal⁵⁴. Em Portugal, a abolição da tortura ocorreu com a Constituição de 1826, ainda antes da revogação total das Ordenações Filipinas. Ainda, um decreto de 12 de dezembro de 1801 estabeleceu que a pena de morte apenas deveria ser aplicada para os crimes mais atrozes. Desse modo, observa-se que a prática dos tribunais foi progressivamente transformando a legislação, concebida de acordo com um pensamento jurídico-criminal radicalmente distinto do influxo iluminista.

No século XIX houve alterações importantes no processo criminal decorrentes parcialmente dessa nova perspectiva jurídico-criminal⁵⁵. Segundo BARREIROS, a nova política criminal definida pela Lei de Imprensa, de 14 de julho de 1821, realizou um esquema de Código Penal e de Processo Criminal⁵⁶. Ainda, foram realizadas a Reforma Judiciária com o decreto de 13 de janeiro de 1837, a Nova Reforma Judiciária com lei de 28 de novembro de 1840 e a Novíssima Reforma Judiciária com um decreto de 21 de maio de 1841. Conforme BARREIROS, a Novíssima Reforma incorporou o sistema misto francês na estrutura do processo criminal⁵⁷. Essas reformas resultaram na definitiva revogação das Ordenações Filipinas em matéria criminal.

⁵² PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal tentado pela Rainha D. Maria I.* 2. ed. Lisboa, 1823 [1786]. p. VI.

⁵³ Nas palavras de MELLO FREIRE: “eu tenho para mim que em Portugal não pode porora haver segurança publica sem penas capitaes”. (PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal...* p. VIII.)

⁵⁴ ANTÓNIO DE AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Notice sur l'évolution du droit pénal portugais*. Lisboa: Imprimerie Nationale, 1888. p. 7.

⁵⁵ Em relação às propostas de alteração da legislação penal em Portugal no século XIX, destacam-se o projeto de Código de Delitos e de Penas de 1823, o Código oferecido por Jeremy Bentham e o Código oferecido por Giovanni Carmignani, todos rejeitados. Em 1833, José Manuel da Veiga apresentou um Código elaborado por ele mesmo, que, em princípio, foi rejeitado, mas acabou sendo aceito em 1837, sendo impresso, mas não teve efetiva vigência.

⁵⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *As instituições criminais em Portugal no século XIX subsídios para sua história. Análise Social*. vol. XVI, nº 63, Lisboa, 1980. p. 589. Ainda, ocorreram alterações no processo com o decreto de nº 24 de 16 de maio de 1832, o decreto de 12 de dezembro de 1833 e o decreto de 29 de novembro de 1836.

⁵⁷ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *As instituições criminais em Portugal...* p. 591-592.

Por fim, em um decreto de 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma comissão para a elaboração de um projeto de Código Penal, que foi aprovado em 1852. As fontes de inspiração mais prováveis foram os códigos da França, da Espanha, do Brasil, da Áustria e de Nápoles, além da forte influência da *Théorie du code pénal* de FAUSTIN HÉLIE e CAVEAU e do *Traité du droit penal* de ROSSI. A pena de morte foi abolida em 1º de julho de 1867.

Em relação à literatura jurídica especializada⁵⁸, os juristas que escreveram sobre o Direito Pátrio inicialmente tinham, segundo ALMEIDA COSTA, suas obras divididas em três tipos: comentadores, que elaboravam comentários às ordenações e leis extravagantes; casuístas, que faziam a exposição de casos concretos, apresentando soluções a eles; e praxistas, que tratavam das práticas forense e notarial. Também houve tratadistas e repertórios de jurisprudência.⁵⁹ A produção doutrinária se dividiu ao longo do século XVIII em dois grupos de ordens do discurso, conforme afirma ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Os antigos seguiam um “modelo legal-casuístico – orientado pela *ordo legalis* – a da legislação particular dos reinos ou a das fontes romano-canônicas (...) progredindo pelos mecanismos casuísticos da *quaestio*, da *ampliatio* ou da *distinctio*”. Eles tinham suas referências e autoridades textuais em obras canônicas e literatura do *jus commune* clássico (especialmente a partir da obra de PROSPERO FARINACCI). Praticamente inexistiam tratados sistemáticos e as exposições das matérias eram feitas mediante uma “averiguação casuística da razoabilidade das soluções, realizando uma ponderação minuciosa das circunstâncias de cada hipótese e das regras doutrinárias, sempre provisórias e muitas vezes conflitivas”⁶⁰. É o caso da *Prática Criminal* de MANUEL LOPES FERREIRA, cujo modelo casuístico pode ser ilustrado em sua abordagem sobre os problemas relativos à confissão do réu quando exercida mediante promessa do juiz de que o absolveria⁶¹.

⁵⁸ Para detalhados apontamentos bibliográficos sobre o direito criminal português até 1871, Cf. ANTÓNIO LUIZ DE SOUZA HENRIQUES SECCO, *Bibliographia do direito criminal portuguez*, *Revista de Legislação*, 1871.

⁵⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito...* 357-362.

⁶⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política no antigo regime. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra, 1986. p. 54-55.

⁶¹ MANUEL LOPES FERREIRA. *Prática criminal expendida da forma da praxe observada neste nosso Reyno de Portugal. E illustrada com muitas Ordenações, Leys Extravagantes, Regimentos, Doutores e em quatro Tomos distribuída*. Tomo 2. Lisboa, 1741. Tratado 1 do tomo 2: “Das promessas que os juizes fazem aos delinquentes de que ficaraõ livres se confessarem o delicto. E se a tal confissão ex vi das dittas promessas lhes pode a eles servir ou prejudicar; e se os juizes podem, e devem fazer as taes promessas; e como as devem fazer: E se poderaõ meter a tormento os criminosos, quãdo, e como, e a que pessoa”.

Ainda de acordo com HESPANHA, os escritores modernos, ou seja, os que receberam influência de escritores iluministas estrangeiros e os que produziram uma literatura jurídica original a partir do último quartel do século XIX, costumavam seguir a estrutura de um modelo axiomático “segundo o qual um discurso bem ordenado se devia fundar numa definição das grandes categorias ou *axiomas* (como a definição do delito e da pena), articular-se sobre *taxinomias* (divisões dos delitos e das penas, espécies do processo) e progredir por *dedução*.” Tinham como referência a legislação dos soberanos iluminados e obras iluministas como de BECCARIA, GRÓCIO, LOCKE, MONTESQUIEU, VOLTAIRE e FILANGIERI⁶². As *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* de MELLO FREIRE são fruto da intenção compendiária das reformas pombalinas e estão nitidamente ligadas a esse modelo, especialmente com a rejeição da doutrina de PROSPERO FARINACCI e com a expressa recusa do estilo de exposição adotado por MANUEL LOPES FERREIRA⁶³. A originalidade da obra de MELLO FREIRE em alguns aspectos fez com que JESCHECK chegasse a compará-lo com BECCARIA, THOMASIVS, VOLTAIRE e MONTESQUIEU⁶⁴.

Também teve um importante impacto sobre a interpretação da legislação criminal a situação do ensino do Direito Criminal em Portugal durante da vigência das Ordenações Filipinas. Com os Estatutos da Universidade de 1772 houve a criação da cadeira de Direito Pátrio no quinto ano.⁶⁵ Pela extensão e diversidade das matérias, e pelo fato de que geralmente a ordem das próprias Ordenações era seguida durante o ensino, dificilmente se chegava ao estudo do Livro 5⁶⁶. A divisão efetiva do ensino do Direito Pátrio em disciplinas autônomas ocorreu apenas em reformas posteriores. Mesmo assim, a criação de novas cadeiras pouco beneficiou a docência criminalística⁶⁷.

Em 5 dezembro de 1836 as Faculdades de Leis e Cânones foram substituídas em caráter definitivo pela Faculdade de Direito. Com essa importante mudança, o Direito

⁶² ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Da “iustitia” à “disciplina”... p. 55.

⁶³ Cf. Introdução da obra de PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, 1792. [trad. de Miguel Pinto de Meneses, *Instituições de Direito Criminal Português*. BMJ, 156, 1966].

⁶⁴ Ainda sobre a obra de MELLO FREIRE é relevante mencionar que suas lições estavam mais adaptadas ao Iluminismo que seu Projeto de Código, encomendado em 1783, concluído em 1788 e publicado apenas postumamente.

⁶⁵ O conteúdo que se pretendia ensinar nela abrangia direito pátrio público, particular e prático.

⁶⁶ MÁRIO JULIO DE ALMEIDA COSTA. Apontamentos sobre a autonomização do direito penal no ensino universitário português. *Direito e Justiça*, separata do Volume II – 1981-1986. p. 60. Nota-se, ainda, que um alvará de 16 de maio de 1805 modificou a organização das disciplinas, aprofundando a extensão da reforma pombalina. O Direito Pátrio passou a abranger duas cadeiras sintéticas e uma analítica no último triênio do curso.

⁶⁷ MÁRIO JULIO DE ALMEIDA COSTA. Apontamentos sobre a autonomização... p. 63. Ainda, Um Projeto da Comissão Central, de maio de 1827 pugnou pela inclusão de uma cadeira dedicada às instituições de Direito Criminal.

Pátrio passou a ser objeto quase exclusivo dos últimos três anos, com uma cadeira específica dedicada ao Direito Criminal. Em uma Portaria de 9 de outubro de 1839, considerou-se que o Direito Romano havia sido muito reduzido pela reforma anterior e, assim, foi criada a cadeira sintética de Direito Romano que se tornou bienal, somada à cátedra já existente. Essa ênfase no ensino do Direito Romano é evidente para uma tradição jurídica profundamente arraigada nele. O Direito Público, em consequência foi movido para o quarto ano, com supressão da cátedra de Direito Criminal⁶⁸.

Em 1843 é criada uma cadeira de Direito Criminal e Administrativo. A efetiva autonomia da cadeira de Direito Penal ocorre apenas com uma lei de 13 de agosto de 1853. Ou seja, apenas após a aprovação do decreto de 10 de dezembro de 1852, que criou o novo Código Penal. Uma nota de relevo sobre os textos utilizados no ensino do Direito Criminal está no fato de que as *Instituições* de MELLO FREIRE, concebidas para serem utilizadas como textos-base no ensino do Direito Criminal deixaram de ser utilizadas oficialmente no ensino universitário apenas entre 1868 e 1869. Assim, tem-se uma caracterização geral das circunstâncias que permearam o período de vigência das Ordenações Filipinas.

1.3. A estrutura probatória das Ordenações Filipinas sob a influência do *jus commune*

Em consequência do que foi exposto até agora, antes do influxo iluminista, vigorou nas Ordenações Filipinas um aparato probatório de justiça criminal fortemente influenciado pelo antigo Direito Romano e pelo Direito Canônico. Em relação ao sistema de provas que orientava o processo criminal das Ordenações, houve uma integração de diferentes fontes, tendo o sistema romano-canônico convivido com resquícios do sistema de provas primitivas anterior à reconquista cristã na Península Ibérica⁶⁹. O resgate do sistema probatório romano nas Ordenações envolveu a incorporação de regras como a *actori incumbit probatio*⁷⁰, mas se destacou pela retomada de um sistema de classificação das provas.

⁶⁸ MÁRIO JULIO DE ALMEIDA COSTA. Apontamentos sobre a autonomização... p. 64-66.

⁶⁹ PAULO DÁ MESQUITA. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*: estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 34.

⁷⁰ *Corpus Juris Civilis Digesto* 22.3.2: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”.

Essa base da matriz probatória romano-canônica, incorporada nas Ordenações, consistia na classificação sistemática das provas em graus: *probatione plenae* (provas plenas); *probatione semiplenae* (provas semiplenas); *indicia* (indícios); *notorium* (fatos notórios, que não precisam ser provados). Nas Ordenações Filipinas, a classificação das provas obtidas nos processos concretos poderia autorizar ou suprimir atos processuais com consequências decisivas à situação processual do réu, como as Cartas de Seguro – que permitiam que ele permanecesse em liberdade durante todo o processo – e a tortura – que implicava sua submissão a tormentos físicos para a obtenção de provas. É possível observar a existência da atribuição de um valor legal às provas no texto das Ordenações Filipinas, o que implica consequências processuais decisivas na obtenção da convicção judicial a respeito dos fatos que embasariam a sentença. No entanto, não se tratava de um sistema estritamente rígido. Portanto, é difícil afirmar que vigorou um princípio pleno da taxatividade legal do valor da prova, tal como se o entende hoje⁷¹.

No texto das Ordenações Filipinas, a ordem da justiça criminal⁷² assemelhava-se à cível⁷³. Sua estrutura geral consistia do libelo, da contrariedade, da réplica, da tréplica, da dilação e da vista aos litigantes ao final, antes da sentença do magistrado. A dilação era o espaço processual destinado à produção de provas e em que tinha destaque o interrogatório do acusado. Desde as Ordenações Afonsinas, o regime de provas criminais, estabelecido no Título 4 do Livro 5, precisava ser integrado pelo regime de provas cíveis, presente no Livro 3. Essa característica permaneceu presente nas Ordenações Manuelinas e nas Filipinas⁷⁴. Apesar de haver uma tendência de adequação das Filipinas àquele modelo de classificação das provas de origem no Direito Romano e de integração de suas lacunas pela disciplina da justiça cível, não se pode ignorar a dispersão dos métodos de produção da prova no período das Ordenações, cujas principais dificuldades foram apontadas e combatidas por PASCOAL DE MELLO FREIRE, ao constatar que as “provas, indícios e presunções são absolutamente omissos”, visto que “não se dão as regras e princípios sobre as provas em geral e em particular por testemunhas, ou confissão do reo, sobre a inquirição, exame, e formalidade, que o juiz

⁷¹ Segundo EDUARDO CORREIA, no sistema da prova legal há a fixação prévia dos meios de prova que podem ser utilizados e há vinculação a um sistema de presunções tarifadas pela lei. (EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 30-31.)

⁷² Livro 5, Título 124.

⁷³ Como também afirmou PASCOAL DE MELLO FREIRE ao salientar que a ordem do processo pouco difere do cível “porque consta de libello, contrariedade, replica, treplica, dilação e tempo ordinário para prova, artigos de contradictas, etc.” PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I. 2.* ed. Lisboa, 1823 [1786]. p. XV.

⁷⁴ PAULO DÁ MESQUITA. *A prova do crime...* p. 35, nota 11.

deve praticar perguntando huns e outros”⁷⁵. A integração dessas lacunas na produção das provas foi objeto de amplas elaborações doutrinárias e nelas revelava-se uma parcela significativa do que era o processo criminal nas Ordenações Filipinas.

De acordo com a perspectiva probatória de MELLO FREIRE, que foi uma das primeiras e de maior destaque em que se nota um amplo esforço de sistematização da disciplina probatória em Portugal, a prova correspondia ao “*acto judicial pelo qual se faz plena e legítima fé ao juiz que inquire sobre a verdade do delito cometido pelo réu*”⁷⁶. Para fundamentar uma condenação, a prova deveria ser sempre claríssima (prova plena). Para a prova fazer fé e ser plena, deveria ser produzida “ou por meio de testemunhas fidedignas e acima de toda excepção, ou por confissão espontânea e judicial do delito, ou por *instrumentos*.”⁷⁷ A prova semiplena era obtida a partir de conjecturas e indícios, que não tinham o condão de fazer fé plena⁷⁸. Disso decorriam alguns axiomas, dos quais se pode destacar o seguinte: “A convicção íntima, que o juiz obteve por si mesmo por exemplo, com os seus próprios olhos embora seja mais certa do que a obtida através das testemunhas ou doutra origem não faz fé, visto não resultar dos autos, segundo os quais o juiz deve julgar”⁷⁹. Desse modo, o veredito final do magistrado somente poderia ser formulado com base em provas exclusivamente presentes nos autos. Por fim, em caso de dúvida, quando houvesse apenas provas semiplenas ou indícios, não se deveria condenar o réu, mas prosseguir com a investigação, procedendo-se à busca da prova plena, como salientou PEREIRA E SOUSA⁸⁰.

No regime das Ordenações Filipinas, as provas deveriam ser produzidas no momento processual da *dilação*. Os principais meios para sua obtenção eram a inquirição de testemunhas, que deveriam ser no mínimo duas, e o interrogatório do réu. Esses meios, se submetidos a requisitos determinados, seriam capazes de produzir *prova plena*, a prova incontestável que fundamentaria com segurança o veredito judicial final.

⁷⁵ “Não posso porem dispensar-me de falar dos grandes defeitos da actual Ordenação do livro quinto, em que se contem o nosso Codigo Criminal. Eu os considero ou na substancia da cousa, ou a respeito da ordem, ou na falta e omissão da matéria, que devião necessariamente tractar-se”. (PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal...* p. V.)

⁷⁶ PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 126.

⁷⁷ PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 126.

⁷⁸ PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 126-127.

⁷⁹ PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 128. Esse tipo de convicção não se confunde com a oposição entre prova legal e prova livre. Trata-se, nesse trecho, da obrigação de decidir exclusivamente com base em elementos contidos no processo.

⁸⁰ JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Lisboa, 1785, p. 37.

A obtenção da prova plena era o principal papel que se esperava ver cumprido pela atividade probatória, que teria por meta demonstrar ser incontroverso o fato que desencadeava o julgamento. Se não fosse possível adquirir uma prova dessa natureza através da inquirição das testemunhas, em razão das específicas circunstâncias de algum caso judicial particular, buscava-se obtê-la através da confissão judicial, que foi tida, não sem controvérsia, como um meio de se formular um juízo preciso sobre a autoria de um crime, resolvendo incertezas e garantindo a correção da pena a ser aplicada.

Além de não ter vigido um perfeito e puro sistema de taxatividade legal do valor da prova, a organização da prova em torno de sua classificação de acordo com um valor fixado previamente em lei não pôde coibir a arbitrariedade judicial na medida em que se apoiou em graves erros psicológicos, hoje já bem identificados⁸¹. Somam-se já séculos de relatos e de libelos contra qualquer tipo de coação física e psicológica na obtenção de uma confissão, mostrando, para além de evidentes razões humanitárias, que essas técnicas anulam a credibilidade da confissão obtida.

Ainda assim, os interrogatórios em que se admitia o uso de tortura física para obter a confissão do réu possuíam uma disciplina legal sofisticada e detalhadamente discutida por jurisconsultos que comentaram as Ordenações, envolvendo, inclusive, uma série complexa de procedimentos dos quais dependia a validade do interrogatório e da confissão e também um conjunto de mecanismos de punição de excessos por negligência na aplicação da tortura.

Para o estabelecimento do fato considerado judicialmente como provado e para a formulação de um juízo de certeza sobre a autoria de um delito, esses dois principais meios de produção de prova, a oitiva de testemunhas e o interrogatório do réu, em conjunto com os demais meios disponíveis, eram orientados de acordo com a fixação de um valor da prova, conforme o meio através do qual ela foi produzida, com o que se pretendia ter à disposição um mecanismo eficaz para, de um lado, coibir a arbitrariedade judicial e, de outro, garantir a correção material da sentença. Embora se estivesse diante de clara inspiração do sistema romano de classificação das provas em graus, não havia uma taxatividade do valor legal das provas tão inflexível quanto faz supor o retrato estabelecido frequentemente por relatos atuais.

⁸¹ CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal...* p. 103.

1.4. Os meios de obtenção da prova: as testemunhas, o interrogatório e a confissão

Assim, os meios ordinários de obtenção da prova eram as alegações das testemunhas⁸² e a confissão do réu. A prova documental ou instrumental tinha força de confissão extrajudicial, portanto não fazia fé plena. Se o instrumento não fosse reconhecido em juízo, ele não teria nenhum valor probatório⁸³. Para a prova testemunhal ser *prova claríssima*, conforme a notação de PEREIRA E SOUSA, as testemunhas deveriam ser ao menos duas, maiores de idade, estarem sob juramento⁸⁴ e terem “razaõ de sciencia do mesmo facto, em que consiste o crime”⁸⁵. Na produção da prova, permitia-se que o juiz inquirisse as testemunhas, seja a pedido das partes ou de ofício (livro 5, tit. 124, § 7º)⁸⁶. Assim, havia um papel ativo do juiz na descoberta da verdade.⁸⁷

Assumidamente, a melhor prova era a confissão. Para que fosse legítima, deveria ser clara e evidente, verossímil e judicial. Para os autores da segunda metade do século XVIII, já sob o influxo iluminista, a confissão poderia ser considerada como prova plena apenas se seu conteúdo guardasse relação de correspondência com o conteúdo do corpo de delito, precedido de indícios legítimos. Havia necessidade de que o réu especificasse na confissão as circunstâncias do crime, que deveriam ter relação com o libelo⁸⁸. A confissão fazia fé plena se atendesse a requisitos específicos, como a *espontaneidade*, sendo que a confissão tácita (fundada no silêncio ou na contumácia do réu) ou a ficta (indiciária), para eles, pouco ou nada provavam⁸⁹. A confissão seria,

⁸² Durante a vigência das Ordenações Filipinas houve significativa variação sobre os requisitos da prova testemunhal, para que fosse considerada prova plena. A necessidade de ser judicial e mediante juramento correspondia a uma visão moderna. (MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p.129, PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 38.)

⁸³ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 135. MELLO FREIRE problematizou também a quantidade de divisões da prova, que correspondiam às distinções entre afirmativa e negativa, perfeita e imperfeita, plena e semiplena, oblíqua e direta. (MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal...* p. XV.)

⁸⁴ A necessidade de juramento foi, também, reforçada por Mello Freire. (MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 129.)

⁸⁵ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 38

⁸⁶ Livro. 5, Título 124, § 7, das Ordenações Filipinas. Perspectiva corroborada também por MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 132-133.

⁸⁷ Conforme salienta PAULO DÁ MESQUITA, “Modelo probatório em que ressalta uma inequívoca dimensão política, a força da autoridade dos letrados em especial dos que estavam ao serviço do Estado (...). Nesse esquema de autoridade, o Estado não pode renunciar ao seu poder, através dos seus agentes judiciais, daí que o julgamento dos crimes fosse também marcado por uma perspectiva inquisitória, devendo o juiz assumir um papel activo na descoberta da verdade. (PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...* p. 40.)

⁸⁸ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 41.

⁸⁹ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 132.

assim, uma prova de grande importância, muitas vezes necessária, mas não suficiente, por si só, para a condenação do confitente.

O interrogatório tinha nesse contexto um papel decisivo, e a tortura, como salientou PAULO DÁ MESQUITA, seria “fundamental para a prossecução das finalidades do processo, já que as limitações gnoseológicas inerentes ao esquema probatório tornavam-no refém da confissão, uma fundamental fonte de legitimação externa dos veredictos”⁹⁰. A inquirição dos réus poderia ser feita oficiosamente ou a pedido do ofendido. Procedia-se à qualificação do réu e, em seguida, às perguntas sobre o delito e suas circunstâncias⁹¹. É importante notar que entre os autores mais alinhados aos postulados da Ilustração⁹² entendia-se que o fim da inquirição era de “fazer com que a verdade apareça com a maior clareza, e não com que o réu seja vexado com tais interrogatórios”⁹³, evitando-se sugestões, persuasão e promessas⁹⁴, que cuja aplicação abusiva deveria resultar em punição a quem as realizasse⁹⁵. Segundo PEREIRA E SOUSA, a confissão poderia também ser divisível⁹⁶.

Esse era o quadro geral da tentativa de integração das Ordenações Filipinas aos postulados iluministas, mas pode-se, ainda, demonstrar-se seu contraste em relação ao estilo probatório imediatamente anterior. Em sua extensa e detalhada análise casuística das Ordenações Filipinas, MANUEL LOPES FERREIRA, jurisconsulto que escreveu ainda sob influência dos escritores do *jus commune*, abordou alguns problemas específicos da confissão que têm importantes consequências nas percepções do papel a ser desempenhado pelo juiz na instrução e do papel do réu no processo. Em relação à confissão, entendia que ela poderia ser judicial, extrajudicial ou fingida. A confissão judicial, se espontânea, produziria prova plena. Se fosse em parte falsa, resultaria dela, como um todo, uma presunção de falsidade indivisível, que não poderia prejudicar o

⁹⁰ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...* p. 37.

⁹¹ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 132.

⁹² A respeito dos antigos, pode-se mencionar MANUEL LOPES FERREIRA, que, com uma análise essencialmente casuística, ofereceu contribuições a problemas específicos da confissão, como a situação da confissão do réu em virtude de promessa de absolvição pelo juiz. MANUEL LOPES FERREIRA, *Prática criminal expendida da forma da praxe observada neste nosso Reyno de Portugal. E illustrada com muitas Ordenaçoes, Leys Extravagantes, Regimentos, Doutores e em quatro Tomos distribuída*. Tomo 2. Lisboa, 1741. Tratado 1º: “Das promessas que os juizes fazem aos delinquentes de que ficaraõ livres se confessarem o delicto. E se a tal confissão ex vi das dittas promessas lhes pode a eles servir ou prejudicar; e se os juizes podem, e devem fazer as taes promessas; e como as devem fazer: E se poderaõ meter a tormento os criminosos, quãdo, e como, e a que pessoa”.

⁹³ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 133.

⁹⁴ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 46-47.

⁹⁵ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 133.

⁹⁶ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 41.

confitente⁹⁷. Este escritor admitia também a confissão extrajudicial, se confirmada por duas testemunhas, no que ainda persiste em uma perspectiva, que foi, posteriormente, erradicada pelos autores influenciados pelo Iluminismo, mas que representa um avanço importante em contraste com a literatura do *jus commune*, especialmente em relação à obra de PROSPERO FARINACCI⁹⁸. A confissão fingida equivalia à confissão tácita quando, por contumácia ou resistência, o réu praticava um ato cuja repugnância permitia se extrair que o réu era autor do delito⁹⁹. A confissão fingida não admitia, em regra, prova em contrário¹⁰⁰. O silêncio do réu poderia, assim, ser interpretado como ato contumaz e implicar um agravamento de sua situação no processo, ao ponto de se extrair dele elementos decisivos para a condenação.

1.5. A instrução judicial: confissão, tortura, silêncio e contumácia do réu no interrogatório

No interrogatório judicial manifestam-se as diferenças mais profundas entre o que costumou denominar método inquisitório e método acusatório. De um lado ele pode ser representado como o “início da guerra forense”, em um contexto processual em que se pretenda obter a confissão do acusado a qualquer custo, admitindo-se amplamente a tortura, alinhada à meta de produção da verdade judicial e do veredito final.¹⁰¹ De outro, o interrogatório pode ser visto como o principal meio de defesa do arguido, dando vida ao contraditório e permitindo a ele refutar a acusação através de seus próprios argumentos e justificativas.¹⁰² Isso demonstra que a análise daqueles estilos processuais depende não apenas da avaliação a respeito de a quem cabe o início e a condução do processo, mas também de que modo é distribuída a dinâmica probatória entre os órgãos participantes do processo.

No regime probatório das Ordenações Filipinas, uma questão que tem grande relevância no contexto da confissão é a do silêncio do acusado. A expressão silêncio não é, em geral, utilizada, preferindo-se a ideia mais ampla de contumácia do réu, que abarca o silêncio como um dos seus modos de manifestação. Embora o silêncio não

⁹⁷ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 111.

⁹⁸ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 91.

⁹⁹ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 229.

¹⁰⁰ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 232.

¹⁰¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 622.

¹⁰² LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 623.

fosse, em regra, tolerado, visto que, se o réu permanecesse silente, poderia ser submetido à tortura, PASCOAL DE MELLO FREIRE defendia a ideia de que “o réu não é obrigado a responder aos interrogatórios criminais, Ord. Liv. 3, tit. 53, § 2, nem o seu silêncio e contumácia em não responder devem ser havidos como verdadeira confissão ou prova”¹⁰³. Nisso, o autor português mostrou estar amparado em tendências éticas e cognoscitivas que negavam a legitimidade do exercício processual da força física e que desconfiavam profundamente da fiabilidade da coação do réu como meio para produção de uma prova idônea, antecipando-se a escritores iluministas de grande influência, como CESARE BECCARIA, que afirmou, em seu mais influente texto, *Dei delitti e delle pene*, que “*finalmente colui che nell’esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli, merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intime, perchè gli uomini non deludano così la necessità dell’esempio che devono al pubblico.*” BECCARIA entendia, no entanto, que essa punição poderia ser atenuada se não se duvidasse mais da prática do crime, visto que neste caso não apenas ela mas também a confissão seriam inúteis:¹⁰⁴.

No entanto, antes dessa tendência inequívoca de limitação e abolição da tortura e de tolerância à contumácia do réu no interrogatório, o interrogatório nas Ordenações Filipinas revestiu-se, durante longo tempo, de características que seriam típicas de um modelo processual inquisitório, especialmente pela ampla margem de sujeição do réu, enquanto objeto de prova, ao amplo domínio instrutório do juiz, que admitia sem dificuldades o uso da tortura. Uma das matérias mais complexas na produção de provas foi precisamente a do poder de disposição do magistrado sobre o uso da tortura física (também chamada, na época, de *tormento* ou *trato*) durante a fase da *dilação*. A disciplina dos tormentos ligados à obtenção de confissão era regulada pelo Título CXXXIII do Livro 5 das Filipinas e abria uma grande margem de arbítrio do julgador para decidir em que circunstância eles deveriam ser aplicados.¹⁰⁵ O magistrado possuía,

¹⁰³ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 134.

¹⁰⁴ CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Pavia: Stamperia di P. Bizzoni, 1817 [1764]. p. 41-42.

¹⁰⁵ “Não se pode dar certa forma quando e em que casos o preso deve ser metido a tormentos, porque pode ser contra dele hum só indício, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convem a saber, se elle tiver confessado fora do Juízo que fez o malefício, por que he accusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama pública, que proceda de pessoas de autoria dada e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra pelo dito malefício, antes que dele fosse querelado, com outro algum pequeno indício. E poderão ser contra elle muitos indícios tão leves e fracos, que todos juntos não bastarão para ser metido a tormento: por tanto ficará no arbítrio do Julgador, o qual verá bem, e examinara toda a inquirição dada contra o preso. E se achar tanta prova contra elle, que eu o mova a crer, que elle fez o delicto, de que he accusado, mandal-o-há metter a tormento, e de outra maneira não.” (Ordenações Filipinas, Livro 5, Título CXXXIII)

portanto, não apenas uma ampla margem de iniciativa de produção da confissão – na época, a prova mais importante para a solução do caso penal –, como também um amplo poder de disposição sobre o corpo do réu, reduzido, no processo, a mero objeto de prova, inteiramente sujeito ao domínio do magistrado.

No primeiro parágrafo desse título estabelece-se que, se o acusado submetido a tormento negasse sua culpa, o tormento seria repetido em três casos: se antes dos tormentos houvesse muitos indícios, “em tanto que, ainda que elle no tormento negue o malefício, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez”; se depois que o réu fosse submetido aos tormentos surgissem novos indícios contra ele; e se, em um momento posterior de ratificação da confissão, negasse o que confessou sob tortura. Essa última regra tem especial importância, porque o mesmo parágrafo proibia a condenação baseada em confissão que não fosse ratificada em momento posterior à aplicação da tortura. Deveria haver, ainda, uma segunda confirmação depois de alguns dias, quando o réu já não sentisse mais as dores do tormento aplicado.

Portanto, para que a confissão sob tormentos tivesse validade, ela deveria ocorrer em três atos: primeiramente sob tormento; em ratificação logo após, fora do local do tormento; nova ratificação, dias depois. A justificativa apresentada nesse mesmo título para isso é a de que “porque de outra maneira presume-se por direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja”. Entretanto, se essa disciplina fosse aplicada literalmente, criaria uma sistemática cíclica, que impediria que o réu que confessou sob tortura negasse, posteriormente, sua confissão. Se o fizesse, seria submetido a nova tortura.

Não obstante, a segunda ratificação da confissão aparece como se tivesse por objetivo ser um mecanismo de controle da veracidade do que foi confessado. É um esquema cognitivo inaceitável desde uma perspectiva contemporânea. O mecanismo de controle da autenticidade da confissão produzida sob tortura parecia não se voltar à confirmação da certeza sobre a ocorrência do fato confessado, mas à produção de um juízo de certeza sobre a confissão, apenas porque ela teria sido afirmada pelo réu em três momentos distintos. Isso também demonstra a fragilidade, na investigação de fatos, de se alicerçar o esquema cognitivo das Ordenações sobre a confissão principal prova.

Não obstante essa regulação geral excessivamente ampla da matéria nas Ordenações Filipinas, houve variações significativas a respeito do uso da tortura que refletem desníveis no ideário jurídico-criminal português ao longo do século XVIII. Os

autores do final do século dividiam-se entre os que buscavam limitar ao máximo o exercício da tortura e os que a consideravam completamente ilegítima. Para PEREIRA E SOUSA, só se poderia realizar tortura se houvesse prova semiplena e corpo de delito e não se deveria aceitar a confissão “entre as dores dos tormentos, mas o que se fez depois de relaxado”¹⁰⁶. MELLO FREIRE, por seu turno, expressamente afirmou não ter nada a dizer sobre a tortura. Considerava que nenhuma prova legítima poderia ser obtida através dela, além de defender sua completa eliminação¹⁰⁷.

Ainda assim, entre os autores do início do século XVIII, a prática da tortura já despertava desconfiança sobre sua eficácia. Buscava-se impor limites processuais para a sua aplicação e execução mediante uma técnica jurídica sofisticada, que, numa tentativa de integrar o texto das Ordenações, impunha um detalhado elenco de requisitos para a aplicação da tortura, descrevia as possibilidades de agravo da decisão interlocutória que a autorizava e estabelecia regras sobre as etapas, o tipo e a duração dos tratos aplicados¹⁰⁸. MANUEL LOPES FERREIRA, por exemplo, fez uma exaustiva descrição dos procedimentos que envolvem os tratos, demonstrando todas as condições de aplicação e os limites que se devem estabelecer a seu exercício. Eles só deveriam ser aplicados subsidiariamente, quando não se dispusesse de nenhum outro modo ou fonte para investigar o caso¹⁰⁹.

Mas mesmo que houvesse indícios suficientes para a sua aplicação, a tortura não poderia ser aplicada se não concorressem com os eles outros requisitos. MANUEL LOPES FERREIRA procedeu a uma longa enumeração de requisitos.¹¹⁰ Dentre esses requisitos, a

¹⁰⁶ PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas...* p. 44.

¹⁰⁷ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminali...* p. 136.

¹⁰⁸ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 90-99.

¹⁰⁹ Procede-se a tormento “quando a verdade do caso, ou do crime que se cometteo, se não pode saber por outros modos; porque os tratos são remedio subsidiario, e ultimo remedio, e só assim se deve executar [...] com tudo a experiencia nos tem mostrado que o mesmo remedio nos engana, porque tem succedido muitas vezes pela violencia da dor e do tormento, dizerem, e confessarem os Reos o que não fizeraõ, somente para se verem livres daquela afflição, e angustia: E assim devem os Ministros quando puderem fugir a esta execução, como já hoje no Supremo Senado se faz pelos Ministros de mayores letras [...] pois se tem descoberto que, por este riguroso caminho se não encontra a verdade”¹⁰⁹. Já revelando uma grande desconfiança sobre a eficácia da tortura, reconhecia que “sem embargo da incerteza do que temos tratado, há alguns meyo em direito aprovados pelos D.D., que affirmaõ que concorrendo elles, pode o Reo sem duvida ser atormentado. E pondo-os em prática determinaõ, que he bastante final e causa para o tormento, o fazerem os indicios meya prova do crime” (MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 91.)

¹¹⁰ MANUEL LOPES FERREIRA enumerou os seguintes requisitos *necessários* para a aplicação da tortura: os elementos probatórios que autorizassem a tortura deveriam constar do corpo de delito; os tratos só poderiam ser aplicados se a verdade não pudesse ser conhecida de outro modo; antes da aplicação da tortura, deveria ser primeiro admitido ao réu o exercício de sua defesa, porque, provando sua inocência, ele poderia com facilidade apagar indícios, o que o preveniria de uma submissão desnecessária aos tormentos; a qualidade da pessoa deveria ser avaliada para saber se ela poderia ser, por direito, submetida

presença do magistrado durante o momento da tortura tinha uma importante função. Se percebesse que havia risco de vida para o torturado, o magistrado deveria interrompê-la. Se juiz estivesse ausente e sobreviesse a morte do réu, o juiz deveria ser castigado gravemente, prevendo-se, inclusive, sua degolação.¹¹¹ Sobre a presença de outras pessoas para assistirem aos tormentos, o § 2º, do Título CXXXIII, do Livro 5, estabelecia que “quando se abrem tormentos a alguns culpados, o julgador, que os mandar dar não consentirá, que pessoa alguma seja presente, mais que elle, e o Scrivão, e o Ministro, os quaes tormentos se darão da maneira, que convem para se saber a verdade, que he o fim, para que se mandão dar”.

Outra limitação seria a de que os juízes não poderiam inventar novos tipos de tormento. Deveria ser escolhido sempre o mais usado na província em que ocorria o julgamento. O mais comum, segundo MANUEL LOPES FERREIRA, era o tormento da *corda*. Os instrumentos utilizados para a sua aplicação deveriam ser vistoriados previamente pelo escrivão e suas diversas características deveriam ser por ele registradas, como a especificação da espessura da corda utilizada. Dentre os métodos mais comuns, à corda seguiam-se o *cavalete* (método considerado muito perigoso e de uso desaconselhado), o tormento do *fogo* e a *vigília*.¹¹² Ainda, de acordo com CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, em sua edição comentada das Ordenações Filipinas¹¹³, os tratos mais comuns, eram o *potro* (também conhecido como *cavalete*) e a *polé*, tormento com as mesmas características da *corda*. MANUEL LOPES FERREIRA realizou uma descrição exaustiva dos graus e das etapas dos tormentos, além de especificar sua duração máxima, que deveria variar entre um terço de hora a metade de uma hora¹¹⁴. Em regra, a tortura era excetuada a algumas pessoas em razão de um privilégio decorrente de qualidades pessoais. Deste modo, não se sujeitavam a tormentos os menores de quatorze anos, os clérigo da ordem sacra, os soldados, os velhos, os doutores, os advogados, os

à tortura (aqui se verifica a disparidade de tratamento processual do réu, de acordo com sua posição social); dever-se-ia ouvir o réu e o advogado sobre os indícios que fundamentam a tortura, dando-se vista de todos os indícios que fundamentam execução do tormento; deveria haver obrigatoriedade de que fosse proferida uma decisão interlocutória que autorize os tratos, com possibilidade de se apelar no prazo de dez dias, tendo a apelação efeito suspensivo sobre a decisão; o réu menor deveria ter curador para assistir ao tormento; não se poderia permitir que o réu se alimentasse entre seis e nove horas antes dos tratos, para não prejudicar a saúde ou a vida do torturado; e deveria ser obrigatória a presença do juiz durante a aplicação da tortura. (MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 94-95.)

¹¹¹ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 95.

¹¹² MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 99.

¹¹³ CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA (Org.), *Ordenações Filipinas*. Rio de Janeiro, 1870. p. 1309, nota de rodapé nº 4.

¹¹⁴ MANUEL LOPES FERREIRA, *Pratica criminal...* Tomo 3, p. 99.

vereadores (incluindo seus filhos e netos), os nobres, as mulheres prenhes etc¹¹⁵. Quando esse privilégio tinha lugar, a tortura poderia ser substituída por outra pena a ser decidida pelo julgador, de acordo com o § 3º do Título CXXXIII.

No entanto, o curso do processo criminal não dependia apenas de sua regulação geral tipicamente processual. A realização dos procedimentos tinha uma ligação íntima com a natureza do crime cometido. A ordem da justiça criminal poderia ser verdadeiramente modelada pela categoria delitiva. Os sinais mais claros disso estavam precisamente nas exceções ao privilégio de suspensão da tortura em razão de qualidades pessoais. O § 3º do Título CXXXIII, afirmava, ainda que de modo genérico, que nos crimes mais graves não se aplicavam privilégios “de Fidalguia, Cavallaria ou Doutorado”. Mas é com uma análise dos crimes em espécie que se revela o modo de funcionamento dessas exceções.

O § 2º, do Título XII do Livro 5, por exemplo, disciplinava que no crime de moeda falsa ninguém deixaria de ser submetido à tortura em razão de privilégio pessoal (seja fidalgo, cavaleiro, cidadão ou qualquer outra circunstância). O § 3º, do Título XXXVII, estabelecia que no julgamento para a punição da aleivosia não haveria privilégios que excetuariam a imposição da tortura, bastando para sua aplicação a existência de indícios menores. No § 2º, do Título XIX, que tratava da confissão no crime de contrair dois matrimônios, há um caso especialmente interessante para a análise. Nesse caso, o réu poderia ser submetido a tormentos com um conjunto específico de indícios, independentemente de sua qualidade pessoal. Se, diante desses indícios, não confessasse o segundo casamento quando submetido a tormento, aplicava-se a pena de degredo. Neste último caso o comportamento do réu durante a tortura era avaliado de modo muito peculiar. Independentemente do conteúdo de suas manifestações, haveria aplicação de pena, ainda que atenuada. Portanto, o comportamento do réu durante os tratos tinha o condão de influir na mensuração da pena, mas não na avaliação da ocorrência do delito, nem na aferição de sua culpa. O que significa que o interrogatório não pretendia, neste caso, produzir certeza sobre a verdade do fato ocorrido, que já era presumida através de indícios fracos. Ainda, é de se perguntar se a tortura neste caso favoreceria aquele que conseguisse melhor resistir a ela com maior pertinácia em relação àqueles de compleição mais frágil.

¹¹⁵ MANUEL LOPES FERREIRA, *Prática criminal...* Tomo 3, p. 95.

Disso, já se manifesta a fragilidade do esquema epistemológico que orienta o Título CXXXIII, segundo o qual a tortura visa a obtenção da verdade. Há bons motivos para se acreditar que a descrição pormenorizada dos requisitos da tortura, como empreendida por MANUEL LOPES FERREIRA, fazia parte de um nítido esforço para impor limites máximos à sua realização, e não consistia em simples demonstração teratológica de requintes de perversidade no exercício da violência, como poderia parecer a um olhar contemporâneo, pautado pela repulsa à coação física exercida através do processo. Na obra desse autor, prevalece a premissa de que, apesar de sua desconfiança quanto à eficácia e à legitimidade desse instrumento, a legislação ainda assim a permitia. Mais importante, sua tentativa de disciplinar o exercício dos tormentos a requisitos rígidos confirma a dependência gnoseológica que o estilo probatório das Ordenações tinha da confissão. Ao mesmo tempo em que se reconhece uma desconfiança razoável a respeito do uso da tortura, admitia-se sua aplicação como *último remédio* para a produção da confissão, quando não estivessem disponíveis outros meios de prova. Mas o quadro da legislação probatória era, ainda assim, essencialmente heterogêneo e lacunoso. Ele não poderia ser apreendido dentro de um esquema sistemático unitário e completo, como o que se propõe através do uso da noção de modelo ou sistema inquisitório. O interrogatório nem sempre era orientado em direção à obtenção de um juízo de certeza sobre o conteúdo da confissão. Como no caso do crime de contrair dois matrimônios, se a tortura fosse ineficiente para obter confissão, o interrogatório poderia ser completamente desconsiderado, prevalecendo os indícios (e não a prova plena) para que se considerasse o crime praticado e o réu culpado.

Há, ainda, desdobramentos importantes dessa estrutura probatória difusa na valoração da prova. Nas descrições tradicionais do que seria o processo de tipo inquisitivo, os amplos poderes de produção da prova do juiz contrastam com seu reduzido poder de valorá-las, visto que elas teriam um valor legal pré-estabelecido, ao qual o julgador estaria necessariamente vinculado. No caso das Ordenações Filipinas, a amplitude dos poderes de produção de prova pelo juiz é facilmente perceptível. No entanto, a existência de um princípio da *prova legal* ou da *taxatividade do valor da prova* não é uma matéria que permite tão fácil assimilação. Como se pôde perceber pela análise até agora empreendida, a classificação das provas em graus não implicava uma necessária vinculação do seu valor a critérios pré-estabelecidos.

BRUNO CAVALLONE aponta para uma reflexão interessante sobre os sistemas de valoração das provas (*prova legal versus livre convicção*). Sobre a *prova legal*,

CAVALLONE afirma que se formaram muitos estereótipos em manuais sobre a matéria, mas que há razões para acreditar que um rígido sistema da prova legal (tal como é concebido atualmente, como antinomia teórica do princípio da livre convicção) nunca existiu nem poderia existir. Há razões para acreditar que ele teria sido uma *invenção retrospectiva* de VOLTAIRE e seus epígonos, que foi pensada para ser contraposta aos valores da iluminada razão moderna¹¹⁶. Pode-se notar, de fato, no amplamente divulgado libelo de VOLTAIRE *Le prix de la justice et de l'humanité*, publicado originalmente em 1777, uma forte crítica à vinculação do valor da prova aos depoimentos uniformes de duas testemunhas, inclusive com a demonstração de exemplos dos inconvenientes desse modo de proceder¹¹⁷. VOLTAIRE afirmou que “*alors on serait tenté de souhaiter que toute loi fut abolie, et qu'il n'y en eut d'autres que la conscience et le bon sens des magistrats. Mais qui nous répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égarent pas? Ne restera-t-il d'autres ressources de que lever les yeux au ciel, et de pleurer sur la nature humaine?*”¹¹⁸ Ainda, “*c'est aux juges à peser la valeur du témoignage, et des reproches qu'on doit lui opposer.*”¹¹⁹. É amplamente reconhecida a influência de VOLTAIRE na reforma da legislação criminal francesa. RAYMOND TROUSSON salienta, inclusive, que a obra *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, de VOLTAIRE, publicada em 1766 (dois anos após a publicação de *Dei delitti e delle pene* de BECCARIA), foi a primeira crítica sistemática à legislação criminal francesa das *Ordonnances*.

De todo modo, CAVALLONE argumenta que a imagem de um juiz medieval, que julgava de acordo com o tarifamento da prova – ao invés se pautar pela prudência, pela experiência e pela razão – é refutada pela historiografia do direito à prova e suas fontes, que teriam sido substituídas por uma praxe difusa de citações de segunda e terceira mão¹²⁰. O autor italiano menciona exemplos de fontes diretas medievais, como o “*Speculum*”, de GUGLIENO DURANTE, o *Tractatus testimoniorum*, de BARTOLO DE SASSOFERATO, os tratados de FARINACCI e MENOCHIO, em que não se observa a construção de um sistema de tarifação da prova, mas de opiniões doutrinárias motivadas, que tratam da admissibilidade, das possibilidades de uso e da razoabilidade da motivação das provas levadas ao processo ou nele produzidas. Essa tendência pode

¹¹⁶ BRUNO CAVALLONE, Riflessioni sulla cultura della prova. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 3. Jul-set 2008. Milano: Giuffrè. p. 969.

¹¹⁷ VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*. Londres, 1777. p. 92.

¹¹⁸ VOLTAIRE, *Prix de la justice...* p. 97.

¹¹⁹ VOLTAIRE, *Prix de la justice...* p. 99.

¹²⁰ CAVALLONE, Riflessioni sulla cultura... p. 969.

ser verificada também na doutrina das Ordenações do Reino de Portugal. É exatamente o que acontece com a *Pratica Criminal* de MANUEL LOPES FERREIRA, que, sob influência do *jus commune*, apresentou uma vasta obra casuística sobre os modos de produção e de tratamento da prova na formulação da decisão final; modos que não supunham um valor rígido predefinido em lei. Ainda, a já mencionada dispersão dos métodos de prova nas Ordenações, identificada e combatida por MELLO FREIRE, demonstra a inexistência de uma orientação sistemática e coesa da valoração da prova de acordo com um princípio de taxatividade do seu valor.

No caso das Ordenações Filipinas, para refutar o *substancialmente imaginário* sistema de provas legais – de acordo com a expressão de CAVALLONE –, bastaria considerar o papel da prova indiciária, que poderia, em alguns casos, sobrepor a prova plena decorrente de confissão¹²¹. Segundo CAVALLONE, há, na doutrina do *jus commune*, exemplos riquíssimos de um conhecimento analítico e casuístico, a que não contribuiu nem o fervor de VOLTAIRE, nem a glorificação da íntima convicção, e que hoje se tenta reconstruir com a análise lógica e epistemológica do raciocínio probatório¹²².

1.6. Modificações estruturais de ordem gnoseológica e valorativa em matéria probatória após o influxo iluminista

Em síntese, o estilo probatório do *jus commune*, claramente orientado em função do esclarecimento dos fatos investigados – considerado *inquisitivo* porque permitia que o juiz iniciasse o procedimento penal de ofício e porque permitia a ele que, mediante a devassa, pudesse obter todas as provas que confirmassem a narrativa do crime antes de seu veredito final – é visto hoje em dia como um conjunto de regras de inferência e de

¹²¹ Tendo em vista que as provas são fundamentalmente condicionadas pelo modo de sua produção, o juiz deve tentar entender o que está para além dos indícios. A valoração da prova segue o percurso das regras da lógica, da ciência e da experiência. Como salienta GERMANO MARQUES DA SILVA, “*mesmo assim há sempre um espaço de discricionariedade que nenhum legislador deve ter a ilusão de eliminar, porque congênita às inferências indutivas*”. A decisão não é pura dedução do quadro probatório, “é sempre compatível com diversas reconstruções dos factos”. (GERMANO MARQUES DA SILVA, *Produção e valoração da prova em processo penal*, *Revista do CEJ*, 1º sem., nº 4, Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 39.)

¹²² CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 969. Além dessas considerações, nota-se que uma vez afastada a noção de primazia de um sistema da prova legal, restaria saber o que fazer para que a formação do convencimento do juiz seja disciplinada não apenas indiretamente, com regras de exclusão e de seleção do material probatório, mas com informações legitimamente adquiridas no processo, para confirmar ou negar as alegações que constituem o tema da prova.

técnicas jurídicas cujos meios eram, ao mesmo tempo, ineficientes para alcançar seus fins e inaceitáveis desde uma perspectiva de preservação da condição humana do indivíduo sentado no banco dos réus. Seu desalinhamento com a busca da explicação do fato investigado foi percebida e devidamente combatida. Além dos profundos problemas ligados à confusão funcional entre os órgãos de acusação e de julgamento, reconheceu-se que deixar a condução da instrução inteiramente a cargo do julgador cria grandes riscos de distorção do produto final da atividade investigativa.

Com o influxo iluminista sobre o pensamento jurídico-criminal e com o florescimento das Codificações, houve uma mudança de valores cujos reflexos se fizeram presentes no processo penal através da valorização da condição de sujeito de direitos do réu e do estabelecimento de um novo estilo probatório, que permaneceu alinhado àquele mesmo fim de obtenção da verdade sobre o fato investigado, embora possua importantes diferenças estruturais em relação ao estilo anterior. Em nenhum dos casos poder-se-ia dizer com segurança que se tratava de perseguir uma verdade passível de ser obtida a qualquer custo¹²³. Essa observação tem especial importância em referência ao período de prevalência do pensamento do *jus commune* na interpretação das Ordenações. As limitações ao uso da tortura no pensamento de diversos juristas da época demonstram a existência de limites, mesmo que eles pareçam excessivamente pálidos de acordo com um olhar contemporâneo. Impuseram-se, em verdade, limites à violência exercida contra o réu para alcançar aquele fim. Não vigorou em plenitude um princípio da taxatividade do valor das provas, e emergiu a *livre valoração das provas*, que teria por tarefa corrigir muitos erros de inferência de investigação. A confissão perdeu o papel central que exercia na produção da prova, passando a exercer papel probatório secundário diante do reconhecimento de sua eficácia reduzida, e a tortura foi, por razões epistêmicas e humanitárias, expressamente combatida e banida das legislações ocidentais. Provas documentais passaram a exercer um papel preponderante, conjuntamente com a abertura de uma margem de valoração considerável para o juiz na avaliação da prova testemunhal.

Com o influxo iluminista sobre o pensamento jurídico-criminal, além da recusa dos pressupostos cognoscitivos do estilo probatório do *jus commune* e de práticas processuais que eram consideradas seus corolários, tornou-se mais clara a consciência

¹²³ Note-se que quando se diz que a verdade pode ser obtida a qualquer custo, considera-se que determinados meios invasivos teriam a aptidão de obtê-la. O emprego de meios violentos está amparado na crença de que eles poderiam, de fato, produzir verdade.

da necessidade de limitação do poder de punir do Estado e, conseqüentemente, de seus mecanismos probatórios, de acordo com a violência que exerceriam sobre os indivíduos investigados.

Percebe-se, no entanto, que a meta final de produzir uma sentença materialmente correta mediante práticas probatórias eficazes permaneceu preservada. O contraste no tempo entre os modos eleitos para a obtenção da prova no interior de uma mesma tradição jurídica mostra que o direito probatório possui uma grande carga de ambivalência: são vários os caminhos que prometem conduzir à mesma Roma idealizada.

Mas o contraste entre esses diferentes caminhos é visível não apenas a partir de uma perspectiva histórica. Há, atualmente, diferentes visões que competem na direção da realização daquele fim. Algumas das mais expressivas são as que abordam a questão de se saber qual deve o modelo processual mais adequado para a obtenção da verdade e para a realização de valores determinados, incluindo questões como o ônus da prova, a oficialidade da acusação e a amplitude do poder de produção probatória do juiz no processo penal.

2. A META DE ESCLARECIMENTO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

No estabelecimento dos fins do processo penal de matriz europeia continental, e no latino-americano, que a tem como um tronco originário, a meta principal do processo é remetida a três tarefas centrais, que decorrem do monopólio do Estado sobre a jurisdição penal. Essa meta é, conforme a síntese de CLAUS ROXIN, a produção de uma decisão sobre a punibilidade do imputado que seja “materialmente correta”, “obtida em conformidade com o ordenamento jurídico processual” e apta a reestabelecer a “paz jurídica”¹²⁴. A exigência de produção de uma sentença *materialmente correta* inclina a atividade probatória dos atores processuais em direção à obtenção ou ao esclarecimento da *verdade* sobre o fato investigado. Na maioria dos regimes processuais-penais ocidentais, a *verdade* é um elemento fundamental para a determinação dos objetivos do processo, repercutindo diretamente nas feições da estrutura e da dinâmica probatória – duas dimensões do processo penal que estão sempre estritamente conectadas.

A necessidade de obtenção da *verdade* está ligada à noção de que o processo é orientado em função da obtenção da justiça no caso concreto. Pode-se dizer que a busca pela justiça, nesse sentido processual, pretende concretizar o exercício do poder punitivo do Estado através da punição do verdadeiro culpado e *apenas* do verdadeiro culpado pela prática de um delito, evitando-se punições ou onerações indevidas de pessoas não envolvidas com o crime. Essa meta de produção de justiça não está diretamente ligada às finalidades da pena, mas à necessidade de se garantir que o autor de um crime receberá uma pena. O que é fundamental a ela é a garantia de que os meios processuais do processo de conhecimento conduzirão às penas aqueles indivíduos que praticaram um delito, e *apenas* eles. Justifica-se a punição estabelecendo-se, concomitantemente, limites ao exercício do poder de punir do Estado.

É certo que a obtenção da justiça através da produção de uma verdade processual sustenta dois polos – a realização dos interesses da sociedade, com a repressão da atividade criminosa, e a limitação ao arbítrio da repressão, através da atribuição de direitos ao arguido. Nem sempre a meta geral de justiça equilibra perfeitamente essas duas esferas, mas revela que a verdade que se pretende produzir ou revelar através do processo está diretamente condicionada a finalidades exteriores a ela mesma. Portanto, a investigação dos fatos, pelas partes ou pelo juiz, não poderia ser vista como um esforço

¹²⁴ CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 2.

desinteressado de descoberta da verdade que se esgota em si mesmo.¹²⁵ O fato de esse escopo de elucidação dos fatos estar condicionado a objetivos, valores e esquemas cognoscitivos exteriores a ele mesmo impõe a necessidade de se saber quais são essas metas externas, quais são os horizontes gnoseológicos do processo e qual é sua repercussão nas técnicas processuais de investigação dos fatos. Esses são passos necessários à tentativa de analisar as margens de distorção dos poderes instrutórios dos juízes criminais proposta nesta investigação.

2.1. A busca da verdade como discurso de realização dos valores do processo

A atividade jurisdicional é atividade que inclui momentos de decisão e valoração em parte comuns a toda atividade cognoscitiva e em parte próprios da especificidade da atividade investigativa do processo penal¹²⁶. A estruturação da disciplina probatória e dos poderes de instrução dos juízes no processo penal está diretamente ligada ao modo como a noção de verdade é remetida à relação dos valores do processo. É comum que se justifique a extensão dos poderes de atuação dos magistrados no processo penal através de algum tipo de referência à ideia de “verdade”. É corriqueira a enunciação de que o objetivo do processo penal é atingir a verdade real do fato investigado e que toda possibilidade de contribuição do magistrado na produção de provas é válida para se atingir esse fim. No entanto, a palavra “verdade” tem diferentes definições em diversos

¹²⁵ Neste ponto revela-se a especificidade da prova em direito, conforme apontou CHAÏM PERELMAN em seus conhecidos estudos sobre a matéria, dos quais as conclusões acima esboçadas se aproximam: “À primeira vista, as técnicas de prova em direito nada teriam de especificamente jurídico: dependeriam de critérios científicos, das regras de lógica, da experiência comum, do bom senso. Mas efetivamente, não é isso que ocorre; veremos que as técnicas de prova variam não só conforme os sistemas jurídicos, mas até conforme as finalidades próprias de cada ramo do direito; os meios de prova aceitos variam também no tempo, segundo a preeminência concedida a este ou àquele valor”. (CHAÏM PERELMAN, *A prova em direito*. In: PERELMAN, *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.592.) Cumpre acrescentar que MICHELE TARUFFO recusa a tese de CHAÏM PERELMAN de que a prova não tem função demonstrativa em virtude de não possuir natureza axiomático-dedutiva, como nas ciências naturais e na matemática. Taruffo concorda com essa última asserção, porém discorda que não haja função demonstrativa da prova no direito, opondo-se à ideia de que em direito ela seria inevitavelmente retórico-persuasiva. Para TARUFFO, PERELMAN parte de uma ideia muito restrita do conceito de demonstração ao afirmar que ela só é possível naqueles termos e o que não estiver de acordo com eles está no campo da argumentação retórica. TARUFFO afirma que isso não significa que haja apenas uma definição para demonstração, nem que seja inevitavelmente retórico tudo que não for obtido mediante demonstração axiomático-dedutiva. (MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 568.) Para TARUFFO, mais útil que extrair disso que não há demonstração é derivar da lógica e epistemologia contemporâneas *modelos* e *instrumentos* para a análise racional do raciocínio probatório. Disso se pode extrair modelos de argumentação que não são simples silogismos, mas não se reduzem a argumentação retórico-persuasiva. (MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 557.)

¹²⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 591.

estudos jurídicos. Não há univocidade a respeito do seu significado e de suas implicações. Há escritores que substituem essa expressão por “certeza”, “verossimilhança” etc¹²⁷. Há outros que mantêm a expressão, mas se afastam por completo do sentido corriqueiro de verdade¹²⁸. Ainda assim, para ambos os casos, a necessidade de investigar o fato levado a juízo continua presente, como também a necessidade de se fixar a convicção judicial em algum outro critério que substitua a ideia tradicional de “verdade”.

Com o objetivo de trazer à tona as principais dificuldades do assunto, abrangendo o máximo de nuances possíveis, parece conveniente proceder a um estudo de como a conexão entre a noção de “verdade” e os poderes judiciais que ela autoriza se construiu entre os juristas. Assim, é possível analisar a coerência interna dos modos como essa noção é usada, especialmente quando serve para justificar decisões em esfera criminal.

Entre esses modos, parece haver um tratamento específico, predominante ao longo da história do atual CPPB, dado à ideia de “verdade”. É o que atribui ao processo penal a função da descoberta dela e que procura ampliar ao máximo as possibilidades de investigação. O CPPB, publicado em 1941, teve sua vigência estabelecida por decreto-lei e teve redação final dada pelo então Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS. Foi criado durante o Estado Novo, período político que teve como algumas condições propícias de sua instauração a tensão entre integralistas e comunistas; a aprovação no Congresso da Lei de Segurança Nacional e o fracassado levante da ANL, do PCB e do Comintern, em 1935; a subsequente criação, em 1936, da Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo e a suspensão, em 1937, das eleições presidenciais de 1938, com decretação de Estado de Guerra justificado pela ameaça que o controverso Plano Cohen representaria à segurança nacional.

Não obstante haja uma orientação autoritária no projeto político em que se inscreve a edição desse Código, suas prescrições, nos textos de doutrinadores da época, mantêm um apego à busca da verdade que parece desconectar-se de qualquer razão política. Do mesmo modo, atualmente, em um contexto político distinto, essa referência aparece discursivamente quase como se fosse independente dos objetivos gerais do

¹²⁷ É o caso, por exemplo, do famoso debate entre PIERO CALAMANDREI, que utilizava a expressão verossimilhança, e FRANCESCO CARNELUTTI, que defendia o uso da noção de certeza.

¹²⁸ É o caso de LUIGI FERRAJOLI, por exemplo, que adota a concepção semântica de verdade do lógico ALFRED TARSKI para construir uma teoria axiomática *garantista* do Direito Penal. (FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 20 ss.)

processo. Enquanto discurso jurídico, a busca pela verdade parece assumir feições atemporais e apolíticas, como se fosse um objetivo que se esgotasse nele mesmo. Desse modo, abre-se margem para que desalinhamentos entre a busca da verdade e o respeito a garantias individuais passem despercebidos.

A Exposição de Motivos do CPPB (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941) anuncia a importância do esclarecimento da verdade sobre a ocorrência de delitos para que se obtenha justiça e se garanta a boa administração da justiça. Entre as necessidades de reprimir práticas criminosas e de estabelecer garantias mínimas ao indiciado ou acusado, há uma opção manifesta pela primeira. Assim, consta na Exposição de Motivos que “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. Alega-se que se pretendeu atingir um equilíbrio entre os interesses da sociedade, que consistiriam no “direito do Estado à punição dos criminosos”, e os interesses da defesa individual, que seriam compostos pelo “direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”, mas que não se transigiria com “as sistemáticas restrições ao poder público”, sem que essa postura implicasse um “incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais”.

Há um equilíbrio impreciso entre os objetivos de buscar produzir uma sentença materialmente correta e os direitos individuais no processo, que exigem uma delimitação precisa do âmbito de atuação funcional do juiz. Demonstram-no a restrição “ao mínimo” das nulidades processuais, segundo as palavras da Exposição de Motivos, e a restrição da aplicação do *in dubio pro reo*. Como consequência, na doutrina processual e na jurisprudência atuais, observa-se uma margem de divergências relativamente ampla. Afirma-se que para que o processo seja justo, deve ser mantida especial atenção à desigualdade material entre as partes, em virtude da posição de supremacia do Estado face ao indivíduo no processo¹²⁹. Isso aponta para o fato de que existe uma especial preocupação da doutrina com a desigualdade material das partes. O equilíbrio da desigualdade exige um modelo de Estado programático, e não meramente reativo, que pretende buscar aquele equilíbrio através da redução de seu próprio poder. No entanto, esse ideal de justiça material, que depende da obtenção da verdade para a correta apuração do crime, não aponta para uma direção estruturalmente clara para o processo penal.

¹²⁹ Como o faz EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*. 13. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

Há diversas disposições legais que autorizam o juiz a produzir prova durante o processo, podendo-se citar, exemplificativamente, o art. 156 do CPPB, que regula a regra do ônus da prova e a produção de provas pelo juiz complementarmente às partes, e o art. 234 do CPPB, que permite ao juiz determinar juntada de documento relevante aos autos independentemente de manifestação das partes.

Em sentido diferente do estado atual do CPPB, a Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal aprovado no Senado em 2010 (Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009) e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 8.045, de 2010), afirma que “a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais” e argumenta-se que a redução de garantias não se mostra proveitosa para a qualidade das decisões judiciais, como supõem as concepções que veem os direitos do acusado como óbices ao exercício das funções jurisdicionais. Ao mesmo tempo, abandona-se o uso da expressão “verdade” como meta do processo, afirmando-se que a decisão judicial deve fundar-se no mais amplo possível conhecimento¹³⁰ e se invoca uma “consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano”.

Essa constrição do uso da noção de verdade parece encontrar uma situação semelhante na Itália. Segundo PIERPAOLO RIVELLO, o atual Código de Processo penal italiano tenta esquivar dos problemas que a noção de verdade poderia suscitar através da constrição do seu uso – apenas ao mínimo possível – e sua substituição pela ideia de “*accertamento del fatto*”.¹³¹ No entanto, a Corte Constitucional da Itália entendeu ser simplista a ênfase que o código dá às garantias individuais, em detrimento da meta de busca da verdade a que o processo também é orientado.¹³² Conforme salienta VINCENZO GAROFOLI, a Corte Constitucional Italiana já estabeleceu, mesmo depois da entrada em

¹³⁰ “As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade.” (Trecho da Exposição de Motivos do Projeto de CPPB)

¹³¹ PIERPAOLO RIVELLO, “Verità” e processo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 3. Jul-set 2010. Milano, Giuffrè. p. 1246.

¹³² PIERPAOLO RIVELLO, “Verità”... p. 1247.

vigência do novo Código (sentença 255 de 1992), que o fim primeiro do processo é o estabelecimento da verdade¹³³.

A respeito da elaboração legislativa do Código de Processo Penal italiano de 1988, ENNIO AMODIO afirma que o impacto do Código na cultura processualística consistiu em superar resíduos autoritários do Código Rocco, dar efetividade a princípios constitucionais de liberdade e defesa e acabar com antinomias do que ficou conhecido na Itália como um sistema de “garantismo inquisitório”, ou seja, um processo penal de estrutura autoritária corrigida com a concessão de algumas garantias ao réu¹³⁴.

AMODIO também aponta para a influência ou eco do sistema norte-americano na reforma,¹³⁵ ressaltando que na reforma eliminou-se a referência à busca da verdade, especialmente porque ela era emblemática do rito inquisitório do velho sistema processual, mas que teria havido arrependimentos em função do gigantismo do Ministério Público¹³⁶. Os poderes instrutórios do juiz, em princípio constrictos pela redação do Código, retornaram pela jurisprudência através de um inédito “princípio de não dispersão da prova”¹³⁷. A própria originalidade do Código demonstraria a ideia de que a compreensão de um processo acusatório não está presa a formas “fixas”¹³⁸.

No corpo do Projeto de CPPB é proibida qualquer atividade instrutória do juiz nas investigações preliminares (artigo 4º) e sua capacidade de produção de provas é consideravelmente reduzida. O ônus de provar permanece sendo prioritariamente atividade das partes e versa sobre a matéria de fato que cada uma delas alega. O juiz, pela redação do Projeto, pode determinar a produção de novas provas apenas supletivamente, para esclarecer dúvida sobre o material probatório já produzido (artigo 162). O contraste entre a percepção legislativa vigente e a em discussão na Câmara dos Deputados revela apenas uma pequena parte das divergências que existem entre a investigação de um fato passado e os poderes atribuídos ao juiz no processo penal.

Em Portugal é, também, dado grande destaque à busca da verdade no processo penal, mas repercussão processual é diferente. Na década de 1940, o Decreto-Lei 35.007, de 13 de outubro de 1945, orientado de acordo com a doutrina de CAVALEIRO

¹³³ VINCENZO GAROFOLI, *Guidizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 2. abr-jun. 2000. Milano: Giuffrè.

¹³⁴ ENNIO AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo Codice di Procedura Penale. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 4, out-dez 1996, Giuffrè, Milano. p. 907.

¹³⁵ ENNIO AMODIO, *Affermazioni e sconfitte...* p. 908.

¹³⁶ ENNIO AMODIO, *Affermazioni e sconfitte...* p. 909.

¹³⁷ ENNIO AMODIO, *Affermazioni e sconfitte...* p. 909..

¹³⁸ ENNIO AMODIO, *Affermazioni e sconfitte...* p. 910.

DE FERREIRA, defendeu a separação funcional entre os órgãos de acusação e de julgamento, então concentrados na figura do juiz no Código de Processo Penal de 1929. Com isso, “organizou-se”, nas palavras do Decreto, “com uma amplitude muito maior a instrução contraditória sempre sob a direção do juiz e obrigatória nos processos mais graves. A investigação completa da verdade e até a melhor organização da defesa deixa de ser mera faculdade do arguido para se transformar em dever do próprio tribunal”.

O decreto atentou para a necessidade de se distinguir as fases de acusação e julgamento, que permaneciam, segundo suas palavras, sem a devida distinção na legislação anterior. Nela, se o juiz exercesse as funções de julgador e também de acusador, perder-se-ia sua imparcialidade, e se permanecesse passivo, tornar-se-ia frágil, porque na legislação de então não havia bom suporte para a investigação. Desse modo, o decreto tratou de organizar a instrução contraditória com maior clareza, mantendo-a sob a direção do juiz e tornando-a obrigatória nos processos mais graves. Disso decorreria que “a investigação completa da verdade e até a melhor organização da defesa deixa de ser mera faculdade do arguido para se transformar em dever do próprio tribunal”. A partir dessa perspectiva, o artigo 40.º do Decreto recebeu a seguinte redação: “As diligências de prova serão efectuadas pela ordem mais conveniente para o apuramento da verdade (...)”.

O atual processo penal português, erigido em um regime político diferente, também compartilha da centralidade dessa noção, embora não o faça de maneira tão explícita. No Decreto-Lei nº 78 de 1987, de 17 de fevereiro, estabelece-se como estrutura básica do processo o tipo acusatório temperado pelo princípio da investigação oficial. Com isso, consagra-se um espaço amplo de atuação do juiz. O princípio da investigação oficial tem um de seus mais importantes momentos de manifestação no código no ponto que trata da noção de descoberta da verdade, no artigo 340.º, número 1, onde lê-se que “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*.”

Esses subsídios para a produção de provas pelo julgador, quais sejam, a descoberta da verdade e a boa decisão da causa, são elementos intimamente interconectados no discurso de estruturação e justificação da estrutura do processo. A noção de “descoberta da verdade” é, inclusive, invocada em diversos momentos nos artigos do Código, por exemplo: (a) no art. 120.º, número 2, d, que trata de nulidade dependente de arguição no caso de insuficiência do inquérito ou da instrução em virtude

de omissão de prática de atos legalmente obrigatórios ou omissão de diligências posteriores essenciais para a descoberta da verdade; (b) no art. 135.º, número 3, sobre a quebra de segredo profissional tendo em vista a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade; (c) no art. 141.º, número 4, d, que trata da comunicação ao arguido em primeiro interrogatório dos fatos imputados, desde que a comunicação, entre outros, não dificulte a descoberta da verdade; (d) no número 6 do mesmo artigo, que se refere às perguntas que o defensor e o Ministério Público podem solicitar ao o juiz que formule ao arguido, conforme as considerem relevantes para a descoberta da verdade, findo o interrogatório¹³⁹.

Diversos aspectos da análise de CABRAL DE MONCADA a respeito do direito processual civil português no Século XX retratam a situação dos valores predominantes no processo penal durante o mesmo período. Não havia um sistema completo e uma concepção uniforme para o processo do século XX, mas se observava um conjunto de tendências e aspirações ligadas às reações ao que era visto como exacerbação do individualismo no interior do processo. Essas reações ao individualismo margearam um alinhamento a instituições processuais inquisitórias. Não se tratava, segundo MONCADA, de um esforço deliberado de ressurreição de velhas práticas processuais, mas de infiltrações do processo criminal oriundas do panorama social da época.¹⁴⁰

Observou-se, no domínio probatório, a mitigação do *secundum allegata et probata* e do *quod non est in actis non est in mundo*. Ainda nesse domínio, foi marcada a preferência pela verdade material e, conseqüentemente, a um alargamento dos poderes de instrução do juiz, que poderia lançar mão de todos os meios instrutórios à sua disposição. São tendências, segundo CABRAL DE MONCADA, presentes em Portugal e no Brasil com a edição de seus respectivos Códigos de Processo Civil, em 1926 e em 1939, respectivamente. O Código de Processo Civil de Portugal (CPCP) de 1926 foi marcado pela prevalência do *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* quanto ao impulso inicial do processo, cabendo às partes fixar o *thema decidendum (ne eat iudex ultra petitum partium)*, estando obrigatoriamente submetidas ao contraditório, ao mesmo tempo em que poderiam, por iniciativa própria, encerrar o processo. Esse poder

¹³⁹ Pode-se mencionar, ainda, o art. 146.º, número 1, sobre a possibilidade de acareação quando houver contradições, se a diligência for útil à descoberta da verdade (aqui a descoberta da verdade é critério de coibição de atos paralelos e inúteis); o art. 171.º, número 2; o art. 179.º, número 1, c; o art. 188.º, número 1; o art. 283.º, número 7; o art. 289.º, número 2; o art. 299.º, número 1; o art. 318.º, número 1, b; o art. 320.º, número 1; o art. 323.º, a e b; o art. 333.º, número 1; o art. 340.º; e o art. 353.º, número 2.

¹⁴⁰ CABRAL DE MONCADA, O processo perante a filosofia do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Suplemento XV. Coimbra, 1961. p. 68-69.

de disposição contrastava com os amplos poderes de direção do processo e produção de provas pelo juiz, o que levou MONCADA à conclusão de que haveria, em âmbito cível, uma marcada prevalência do inquisitório sobre o dispositivo.¹⁴¹

No que se refere especificamente à legislação processual penal, no Decreto-Lei 78 de 1987, de 17 de fevereiro, afirma-se que para compreender a estrutura básica do processo é necessário atentar para seus fins ou metas, que estão de acordo com a ideia mestra de que o processo penal tem por fim *a realização da justiça no caso concreto* através de *meios processualmente admissíveis*, de modo a *assegurar a paz jurídica dos cidadãos*. Ao mesmo tempo, reconhece-se que está afastada a possibilidade de satisfazer integralmente as exigências que decorrem desses três objetivos centrais, que seriam “três teleologias antinómicas”, que se busca integrar na prática processual.

Há, em Portugal, um relativo consenso a respeito do fim do processo, que visa “a descoberta da verdade e a realização da justiça (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)”, conforme assinalado por FIGUEIREDO DIAS¹⁴². Assim, a verdade serve ao fim de justiça, na medida em que estabelece a certeza da correta aplicação do direito. É uma perspectiva a que também chamou tenção CASTANHEIRA NEVES, em seus *Sumários de Processo Penal*, para quem os valores do processo penal exigem a verdade material, visto que “em processo criminal importa ‘a verdade e a justiça’, pelo que não pode deixar de competir ao tribunal, paralelamente ao mais amplo poder de direção e controle processuais, ainda uma indispensável iniciativa instrutória de inquirição e de prova”¹⁴³

A produção da prova no curso do processo segue uma ordem clara, de acordo com a noção de que o tribunal determina, de ofício ou por requerimento, a produção de todos os meios de prova que considerar necessários à descoberta da verdade e à boa decisão da causa¹⁴⁴. Um exemplo do funcionamento dessa sistemática pode ser observado nas declarações do arguido. Em audiência, primeiramente o arguido presta declarações, depois são apresentados os meios de prova indicados pelo Ministério Público, pelo assistente e pelo lesado, e, por fim, os meios de prova do arguido e do responsável civil¹⁴⁵. Após a identificação do arguido, procede-se às suas declarações. A ele é informado que pode prestar declarações em qualquer momento da audiência, sem

¹⁴¹ CABRAL DE MONCADA, O processo perante a filosofia... p. 72-88.

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*. p. 43.

¹⁴³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo penal (1967-1968)*. Coimbra, 1968. p. 18 .

¹⁴⁴ Art. 340.º, número 1, do CPPP.

¹⁴⁵ Art. 341.º, do CPPP.

ser interrompido, desde que se refiram ao objeto do processo, mas que não é obrigado a fazê-lo, tendo direito a permanecer em silêncio sem que isso o possa desfavorecer¹⁴⁶. Caso o arguido confesse de livre vontade e sem estar sujeito a qualquer coação, a confissão, se integral, pode dispensar produção de prova sobre fatos imputados, considerando-os provados¹⁴⁷.

Aqui há um caso em que se excepciona a busca da verdade através de meios probatórios independentes à disposição do tribunal para assumir a veracidade da declaração do arguido, presumindo-se que ele não teria interesse em se incriminar injustamente se não tivesse cometido o crime. As exceções estabelecidas no número 3 do art. 343 do CPPP revelam as cautelas que se têm quanto ao uso dessa prescrição, chamando atenção a alínea “c”, que excetua esses efeitos da confissão no caso de se tratar de crime com pena de prisão superior a 5 anos. Caso o arguido aceite prestar declarações, pode ser interrogado pelo juiz e pelos jurados, que podem pedir “esclarecimentos” sobre as declarações prestadas em relação ao objeto do processo. O Ministério Público e os advogados do assistente e do defensor podem solicitar que as perguntas sejam formuladas pelo juiz (art. 345.º). As declarações dos assistentes podem ser feitas mediante perguntas do juiz solicitadas pelo Ministério Público, pelo defensor, pelas partes civis ou pelo assistente (art. 346.º, número 1).

O que se expôs até aqui em relação ao processo penal nos dois países aponta para a centralidade, e, ao mesmo tempo, começa a deixar insinuada a heterogeneidade, do discurso da verdade, em virtude de sua subordinação à realização dos valores essenciais ao processo. Organiza-se a disciplina probatória em função da descoberta da verdade do fato investigado. Considera-se que para que o juiz decida, é necessário que tome conhecimento da melhor maneira possível das circunstâncias do fato criminoso. A partir desse ponto as diferenças processuais começam a aparecer.

É importante notar que, embora no Brasil e em Portugal a mesma expressão seja usada, seu tratamento pela doutrina e pela jurisprudência de cada um dos países é substancialmente diferente. De modo mais amplo, a noção de *verdade*, que está intimamente ligada à administração da justiça criminal hodiernamente e que está presente na Europa desde o iluminismo tem uma recorrência mais antiga, que se remete aos primórdios de sua sistematização. Isso anuncia um estilo próprio de composição organizada de litígios de natureza criminal que, ao colocar a *verdade* no centro e em sua

¹⁴⁶ Art. 343.º, números 1, 2 e 3, do CPPP.

¹⁴⁷ Art. 344.º, número 2, do CPPP.

razão de ser, posiciona sua descoberta no centro das práticas processuais e conforma essas práticas de acordo com aquele fim.

2.2. A prova como instrumento de demonstração da veracidade das alegações

A tarefa fundamental do processo, em sentido amplo, a que ele se direciona em todo o seu curso, é a solução de incertezas sobre a veracidade ou a falsidade da alegação que o inicia. Parte-se de uma perspectiva realista, que supõe a existência de uma realidade exterior ao observador e a possibilidade de acesso a ela, mesmo que limitado¹⁴⁸. O fato é o conhecimento histórico em que se insere um comportamento do arguido a ser investigado¹⁴⁹. E a investigação é direcionada à obtenção de uma verdade de índole *real* ou *material*.

O meio utilizado para a consecução desse fim é a prova. O vocábulo prova não é unívoco e designa os momentos sucessivos de um fenômeno complexo.¹⁵⁰ Para os fins propostos, de análise da atividade probatória, é pertinente a definição apresentada por MICHELE TARUFFO segundo a qual a prova é um instrumento utilizado pelas partes para demonstrar a veracidade ou a falsidade de suas alegações.¹⁵¹ O ato de provar significa convalidar, com base nos dados cognitivos disponíveis, uma hipótese relativa ao fato que sustenta uma alegação.¹⁵² No processo penal, trata-se de demonstrar a veracidade ou a falsidade da hipótese acusatória. Tem-se, desse modo, como função da prova o oferecimento de elementos para que o juiz possa estabelecer a veracidade ou a falsidade

¹⁴⁸ Uma síntese dessa perspectiva pode ser encontrada em FERNANDO CONDE MONTEIRO, O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas). In: VV.AA. *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 327.

¹⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES salienta que o processo visa fatos reais, mas de uma realidade de que não pode abstrair-se um sentido, “pois só com esse sentido eles são reais”. (CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. 225 e 251.)

¹⁵⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA chama atenção para um tríplice significado da expressão. Primeiramente, *atividade probatória*, como conjunto de atos direcionados à formação da decisão do órgão que decide o processo; depois, como resultado final do processo, correspondendo ao *fato provado judicialmente*; e, por último, *meio ou instrumento probatório* para a formação da convicção judicial. (MARQUES DA SILVA, Curso de processo penal. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011. p. 143-144.) FRANCO CORDERO salienta que a primeira noção que se extrai desse vocábulo é a de *tema probatório*, ou seja, a enunciação de um fato correspondente a um modelo legal, partindo-se da ideia de que na origem da atividade probatória está um objeto sensível. (FRANCO CORDERO, *Nozione e specie delle prove*. In: FRANCO CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963. p. 3-5.)

¹⁵¹ MICHELE TARUFFO, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, In: TARUFFO, *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Editorial Metropolitana, 2009. p. 59.

¹⁵² MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 556.

de um determinado enunciado assertivo, que descreve um estado de coisas. A veracidade corresponde, assim, à confirmação desse enunciado. A sua confirmação através das provas produzidas no processo implica a atribuição do predicado *verdadeiro* ao enunciado.¹⁵³ O fato – e, conseqüentemente, o enunciado – não está provado quando não se dispõe de elementos probatórios suficientes para confirmá-lo.¹⁵⁴

O fato, conforme salienta TARUFFO, é construído de um conjunto complexo de enunciados hipotéticos. É no campo desses enunciados que o juiz deve realizar a reconstrução dos acontecimentos, com base nas provas de que dispõe. No entanto, as inferências entre esses enunciados hipotéticos não são feitas de acordo com um perfeito esquema de demonstração dedutiva.¹⁵⁵ BRUNO CAVALLONE salienta que durante longos períodos de tempo a disciplina da prova foi vista como obstáculo ao acertamento da verdade, mesmo que hoje essa não seja mais a concepção predominante. Foi o caso de JEREMY BENTHAM, que travou grande batalha contra as regras de exclusão da prova. Não obstante a simplicidade do pensamento de BENTHAM de acordo com uma perspectiva contemporânea, ele influenciou nesse ponto os países continentais até mais que os de *common law*, conforme adverte CAVALLONE¹⁵⁶. Para ele, esperar que a prova judiciária seja subordinada apenas a normas extraprocessuais, relativas à regra de investigação racional e empírica, é contestar as formas de legalidade da prova e o próprio processo como *lugar e instrumento* de decisão sobre o fato¹⁵⁷. De acordo com essa perspectiva, a disciplina legal da prova é um componente imanente ao processo, mesmo que pudesse ser considerada como obstáculo ao acertamento da verdade.

De todo modo, as perspectivas probatórias contemporâneas veem a disciplina da prova como um meio epistemologicamente necessário para a investigação dos fatos no processo, não sendo incompatível com o escopo de produção de uma sentença materialmente correta. Com isso, é marcada a finitude do universo cognitivo do juiz, que é diferente de outras atividades investigativas, como, por exemplo, a do historiador. Ainda assim, o fato de haver um limite cognitivo dessa natureza não significa que o juiz

¹⁵³ A confirmação do enunciado (por exemplo, “uma pessoa determinada praticou um delito determinado sob circunstâncias determinadas”) implica a atribuição de um predicado a essa oração do seguinte tipo: “é verdade que ‘uma pessoa determinada praticou um delito determinado sob circunstâncias determinadas’” ou “‘uma pessoa determinada praticou um delito determinado sob circunstâncias determinadas’ é um enunciado verdadeiro”.

¹⁵⁴ MICHELE TARUFFO, *Algunas consideraciones...* p. 60.

¹⁵⁵ MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 556.

¹⁵⁶ BRUNO CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova. Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3. Jul-set 2008. Milano: Giuffrè. p. 949.

¹⁵⁷ CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 950.

não possa julgar de acordo com o que aprendeu através de sua experiência pessoal, nem ela poderia ser contida de todo no seu ato de decidir.

Do que foi exposto, parece claro que o conceito de verdade no processo penal “está condicionado por um conjunto de pressupostos de natureza jurídico-penal e jurídico-processual-penal”¹⁵⁸. A busca da verdade tende a adquirir a função de requisito essencial para o desenvolvimento de um processo justo e para a obtenção de uma decisão justa. Mas não há plena univocidade no emprego desse vocábulo e nas consequências extraídas dele. Segundo MARIA CLARA CALHEIROS, há três teorias da verdade no direito: as semânticas as sintáticas; as pragmáticas.¹⁵⁹ De fato, apenas no século XX, foi mapeada uma grande gama de teorias da verdade. Basta considerar uma síntese realizada por JUAN NICOLÁS e MARIA FRÁPOLLI. Eles demonstram que se poderia conceber pelo menos sete grandes gêneros de teorias da verdade, que se subdividiriam em diversas outras, apenas no século XX. Esses grandes gêneros correspondem às teorias da correspondência, que se dividiriam em semânticas (dentre as quais tem especial uso no direito a teoria lógico-semântica de ALFRED TARSKI) e não-semânticas; as teorias pró-oracionais; as teorias fenomenológicas; as teorias hermenêuticas; as teorias “coerencialistas”; as pragmáticas e as intersubjetivistas.¹⁶⁰

Dentre todas essas teorias, é difícil detectar a adoção consciente de qualquer uma delas na construção estrutural das legislações processuais penais. A noção de verdade que ainda parece mais próxima de seus usos jurídicos é a de verdade como correspondência ou adequação do enunciado mental com a realidade. Essa noção está presente nas concepções modernas liberais de Estado e jurisdição e pode ser sintetizada na seguinte formulação de ALFRED TARSKI: “a verdade de uma sentença consiste em sua conformidade (ou correspondência) com a realidade”¹⁶¹. É esse o tratamento geral dado à expressão em matéria criminal. Ele é expressamente assumido em influentes tratados sobre a prova judicial ainda no século XIX, e continua a ser afirmado atualmente, como

¹⁵⁸ FERNANDO CONDE MONTEIRO, O problema da verdade... p. 330.

¹⁵⁹ MARIA CLARA CALHEIROS, Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos, *Revista do Ministério Público*, nº 114, abr-jun, 2008. p. 73

¹⁶⁰ JUAN NICOLÁS e MARIA FRÁPOLLI, Teorias actuales de la verdad, *Diálogo filosófico*, nº38, mai-ago, 1997. p. 154-155.

¹⁶¹ ALFRED TARSKI, A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica. In: CEZAR MORTARI e LUIZ HENRIQUE DE ARAÚJO DUTRA (Comp.) *A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Alfred Tarski*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 205.

podem atestar, a título de exemplo, as obras de CARL MITTERMAIER, NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, ANTONIO DELLEPIANE e JULIO MAIER¹⁶².

De todo modo, a análise não poderia ser esgotada apenas com a introdução, no campo do Direito, de novos significados de outras áreas para a palavra “verdade”. A prática judicial tem suas especificidades, que tornam sua maneira de investigar diferente das ciências tradicionais e das disciplinas da Filosofia. Essas circunstâncias próprias ao direito têm relação com a necessidade e a urgência de se decidir ou de se extrair consequências jurídicas de determinadas questões, mesmo que não haja certeza incontroversa sobre a veracidade do fato que é objeto de investigação. As presunções e ficções, que poderiam contrariar qualquer entendimento lógico ou científico sobre a veracidade de uma situação específica, oferecem um exemplo da particularidade dessa “razão prática” própria ao Direito. Desse modo, a investigação das teorias da verdade não aponta para uma solução clara quanto à percepção prática que se tem dela no processo e de que modo ela interfere nas tendências de ampliação dos poderes instrutórios dos magistrados pautadas no ideal de uma verdade absoluta. Elas também não são capazes de indicar a potencial instrumentalização dessa expressão para justificar tendências político-criminais pautadas pela flexibilização de regras e garantias processuais.

Quando se fala na investigação da verdade no processo penal, ela é tradicionalmente associada à verdade real ou material, que contrasta com a verdade formal ou processual do processo civil. Com isso, quer-se, fundamentalmente, fazer uma contraposição do estilo de investigação do processo penal ao do processo civil com base na avaliação da disponibilidade do objeto do processo¹⁶³. Assume-se que o processo penal envolve interesses mais gerais e mais graves, do que decorre que o estilo

¹⁶² Por exemplo, para MALATESTA, cujo tratado sobre provas foi publicado originalmente em 1895, a “verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade”. (FRAMARINO DEI MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 25.) E para o contemporâneo JULIO MAIER, a verdade é a “relação de concordância entre o pensamento e o objeto pensado” ou “a representação ideológica correta de uma realidade ontológica”. (JULIO MAIER, *Derecho procesal penal argentino*. Tomo 1. vol. b. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.562.)

¹⁶³ É importante notar que essa diferença já não se manifesta de modo tão estanque nas práticas processuais. Existe uma forte tendência de se relativizar o princípio dispositivo no processo civil. Embora as partes possam continuar dispoendo sobre o objeto do litígio, o juiz tem assumido gradualmente amplos poderes probatórios e, em alguns casos, poderes probatórios que não são meramente complementares aos das partes. Essa tendência é vista como de substituição do princípio da verdade formal para o da verdade material. Por outro lado, no processo penal há correntes que se manifestam contra a noção de verdade real, em virtude das distorções cognitivas oriundas de algumas de suas interpretações, especialmente as que vêm nessa distinção a afirmação da verdade real como uma verdade absoluta, passível de ser investigada por todos os meios possíveis. Para a tendência que reage a essa compreensão, procura-se afirmar que toda verdade produzida no processo penal tem índole inevitavelmente processual ou formal.

de investigação deve ser diferente do cível, não admitindo composição, nem confissão contrafactual, dentre outras características, exigindo-se que o juiz não deixe a prova dos fatos inteiramente à disposição das partes.

Do uso da expressão *verdade real* no processo penal não decorre como corolário lógico qualquer ideia sobre *como* se deve investigar, sobre *quais* devem ser os poderes do juiz ou sobre *quais* devem ser os direitos do acusado. Sabe-se apenas que o objeto do processo é indisponível, em virtude dos interesses envolvidos, e que, por isso, o juiz deve poder integrar a investigação processual de algum modo. Existe um sentido programático nessa formulação, que aponta para um método de investigação que considera o juiz um personagem importante, que deve assumir uma postura ativa. Aqueles que consideram que o princípio da verdade real enuncia que a verdade deve ser obtida a qualquer custo, ignoram que essa é uma distinção de cunho jurídico, ligada à disponibilidade do objeto e aos limites dos poderes de instrução do juiz, e ignoram que ela não afirma nada – e nem pode afirmar – sobre os limites gnoseológicos da investigação processual. Nesse elástico difuso das implicações da noção de *verdade* existe um risco tendencial de se instrumentalizá-la para a consecução de finalidades político-criminais que veem regras processuais bem definidas como obstáculos à obtenção de uma sentença materialmente correta. A expansão dos poderes probatórios do juiz, que tende a ser associada a inclinações inquisitivas do julgador e do processo como um todo, encontra nessas perspectivas o risco de invasão do julgador no espaço funcional das partes.

GERMANO MARQUES DA SILVA salienta que nos sistema de prova moral a decisão ocorre sobre a *convicção* formada sobre os fatos apurados, que deve ser construída apenas com meios probatórios lícitos. Trata-se de uma *convicção* de verdade, e não necessariamente de verdade, “porque a correspondência entre os factos históricos e os factos dados como provados é sempre desconhecida”. Para ele, não se poderia falar simplesmente de *verdade processual* ou *convicção* de verdade, mesmo que isso explicitasse o sentido pragmático da atribuição do valor de verdade ao que foi alegado e confirmado por provas. A ideia de verdade, para ele, é essencial ao processo como “*ideal e critério regulador*” útil, entre outros fatores, para o legislador na definição dos métodos de investigação e dos meios probatórios de que o magistrado terá a seu dispor.¹⁶⁴

¹⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, Produção e valoração... p. 37-38.

Há perspectivas doutrinárias que combatem a associação do princípio da verdade material à noção de uma verdade absoluta, epistemologicamente superior à que seria produzida de acordo com o princípio da verdade formal¹⁶⁵. A verdade real ou material seria uma noção teórica ingênua ou um mito, que deveria ser extinguido, assumindo-se que a verdade produzida no processo só pode ser, no limite, formal. Com isso, pretende-se coibir margens de arbítrio do juiz nos seus poderes de instrução, entendendo-se que a maior parte de sua atividade está ligada à valoração, e não à produção, das provas levadas ao processo pelas partes. É certo que a recusa a uma verdade absoluta, epistemologicamente ingênua, no processo deve ser combatida pelo risco de suas distorções cognitivas – especialmente a flexibilização das regras processuais que se segue dela. Mas associar essa pertinente crítica pode gerar confusões a respeito da finalidade dos princípios da verdade real e da verdade formal.

Essas duas perspectivas – a que amplia o significado da noção de verdade real e a que procura substituí-la pela noção de verdade processual, dentre outras, como a de certeza ou verossimilhança – parecem desconsiderar o âmbito estritamente jurídico da distinção, e sua ligação direta com a percepção que se tem da relação que os atores processuais com o objeto do processo. Trata-se, acima de tudo, saber se existe disponibilidade quanto à condução do procedimento e quanto à investigação dos fatos. E essa questão acaba sendo apagada em meio à discussão das diferentes interpretações epistêmicas da noção de *verdade*.

2.3. Âmbito proposicional da busca da verdade: o ato de esclarecer a verdade

Um dos objetivos incontroversos do processo penal é a produção de uma sentença materialmente correta. Para atingir essa finalidade, procura-se *esclarecer a verdade* a respeito do fato investigado. Sem pretender fazer a questão da investigação

¹⁶⁵ BRUNO CAVALLONE exaspera essa crítica a ponto de afirmar que se falar em busca da verdade é questão e gosto, visto que essa noção é historicamente problemática no processo e que o grau de verdade a que se pode aspirar na decisão judicial é sempre limitado, formal e prático, porque depende da disciplina do processo. (CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 973) GUSTAVO Badaró, por sua vez, salienta que há uma falsa dicotomia entre verdade material e formal. A necessidade de superação dessa distinção insiste em marcar a impossibilidade de apreensão de uma verdade posta em termos absolutos. Essa é uma perspectiva relevante exatamente na medida em que se opõe a uma noção de verdade que é formulada em termos indeterminados. (GUSTAVO BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.31-36.) PIERPAOLO RIVELLO também sustenta a necessidade de superação da dicotomia verdade “material” e “formal”. (RIVELLO, “Verità”... p. 1252.)

regressar à questão de saber qual é a natureza das ideias, se existem ideias abstratas etc.¹⁶⁶, ensaia-se uma incursão aos problemas relativos ao âmbito proposicional do ato de esclarecer a verdade.

Em sua composição morfológica, o verbo *esclarecer* é formado por derivação parassintética do adjetivo latino *clarus* (com *sentido próprio* de claro, sonoro, brilhante, e com *sentido figurado* de manifesto, evidente), cujo radical (*clar-*) é unido ao prefixo latino *ex* (que indica movimento para fora) e ao sufixo verbal *-ecer* (que costuma indicar que a ação expressa pelo verbo tem função incoativa). No sentido proposto, de esclarecer a verdade, trata-se de um verbo transitivo direto. A verdade *sobre algo* deve ser esclarecida. Esse verbo tem como um sinônimo possível o verbo *aclarar*, composto pelo prefixo latino *ad* (que indica a ideia de dar feição ou maneira, direção para, e começo de uma ação – começar a dar feição clara, portanto) e pelo sufixo verbal *-ar* (de primeira conjugação, que indica que o verbo foi derivado do adjetivo), que também poderia ser substituído por *elucidar*, *descobrir*, *revelar*, *mostrar* etc. Esclarecer a verdade é verificar, é provar a verdade a respeito de algo. Todos esses verbos que servem como sinônimos são transitivos diretos, como o verbo *esclarecer*. Seria possível escolher qualquer um deles para realizar a análise que se segue, mas optou-se por ele em razão de sua ampla ocorrência na literatura jurídico-penal, visto que é muito comum a enunciação de que a meta do processo penal é o esclarecimento da verdade, e em razão da concretude gráfica de seu sentido próprio.¹⁶⁷

Com a atenção dada à formação do verbo, salienta-se, de um lado, a relação entre o sentido próprio e o sentido figurado de seu radical e, de outro, as características da ação que são indicadas nos afixos. Uma pequena exploração do sentido próprio do verbo *esclarecer* é interessante para mostrar a direção análoga de seu sentido figurado, que é o sentido utilizado quando se trata do esclarecimento da verdade. Esclarecer é, em sentido próprio, tornar algo claro sonoramente ou o tornar brilhante visualmente; é revelar claramente um objeto ou iniciar a ação de mostrar ou de revelar algo. Portanto, através do ato de esclarecer, enquanto atividade conscientemente direcionada a um fim, pretende-se mostrar algo através de um tipo de ação específica. Esclarece-se a voz, por

¹⁶⁶ GEORGE BERKELEY, *The principles of human knowledge*. In: The works of George Berkeley Bishop of Cloyne. Volume 2. Nadeln: Kraus Reprint, 1979. p. 30-31.

¹⁶⁷ Esta pequena exploração morfológica é baseada especialmente no *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, de ANTÔNIO GERALDO DA CUNHA. (CUNHA, *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.)

exemplo, através de sua adequada articulação e se esclarece um objeto lançando-se luz sobre ele.

Ao se buscar esclarecer um evento que não se conheceu diretamente, como é o caso da atividade do juiz, da polícia judiciária e do historiador, por exemplo, usa-se o sentido figurado do verbo e há duas operações mentais que necessariamente são levadas a cabo pelo investigador. Uma delas é a de converter o evento em um fato passível de ser descrito e comunicado. Para transformar um evento em um fato, existe uma eleição de circunstâncias do evento que são reputadas relevantes, de modo que apenas elas sejam consideradas ao mesmo tempo necessárias e suficientes à descrição do fato. O esclarecimento de um fato incide precisamente sobre essas circunstâncias. A segunda operação mental refere-se às intenções que levam o investigador a empreender essa tarefa. Essas intenções determinam quais circunstâncias do evento serão relevantes para o investigador estabelecer o fato. Elas podem ser muito variadas, dependendo do tipo de investigação que se pretende realizar, mas, independentemente de seu conteúdo, nenhuma investigação de circunstâncias específicas de um evento é realizada sem a existência de um interesse de um tipo específico. Quando se investiga um crime, por exemplo, não são reputadas importantes todas as circunstâncias do evento. A eleição de circunstâncias varia conforme o investigador seja um juiz, que pretende formular uma sentença, ou, por exemplo, um historiador, ocupado com a reconstrução histórica do evento. No caso do juiz, trata-se de obter uma sentença; no caso do historiador, de esclarecer circunstâncias de um fato histórico, e assim por diante. Ainda, dependendo do modo como o crime é descrito nas leis e dependendo da posição institucional do juiz no processo, a eleição das circunstâncias do evento será variada. Do mesmo modo, o vínculo do historiador com uma ou outra matriz teórica pode modificar profundamente sua análise das circunstâncias do evento. Supondo-se que exista um investigador simplesmente curioso, desinteressado de qualquer resultado da investigação, ele, ainda assim, é guiado pelo desejo de satisfazer sua curiosidade.

A diferença entre o hipotético investigador curioso e o investigador comprometido com o esclarecimento de circunstâncias específicas de um evento – e que quer produzir uma sentença ou um relato histórico correto – está ligada à existência de uma *antecipação mental* do resultado da investigação, que ocorre entre esses últimos. O investigador comprometido com a intenção de esclarecer determinados aspectos de um evento investiga através do estabelecimento de hipóteses, que espera serem confirmadas durante o processo de investigação. A investigação inicia-se com a formulação de um

enunciado implícito ou explícito que descreve um fato. Esse fato, cuja formulação mental inicial é imprecisa, pode ser traduzido linguisticamente através do uso de uma oração com verbo no modo indicativo, complementada por elementos de valor adverbial, que descrevem circunstâncias do fato narrado (por exemplo, tempo, causas, modo, local e circunstâncias do fato). As diversas etapas da investigação podem resultar na confirmação desse enunciado, em sua reformulação ou em sua refutação. Através da investigação, pode ser formado um juízo de certeza que satisfaça os móveis que desencadearam a investigação a respeito de ter o fato acontecido ou não, de acordo com circunstâncias determinadas. No caso de um processo criminal, a investigação é interrompida quando se consegue formular um juízo de certeza sobre a veracidade ou sobre a falsidade da hipótese acusatória. Não se pretende investigar aspectos do delito que não se relacionem diretamente com a solução do caso penal. No caso do historiador, interrompe-se a investigação quando se esgotam as fontes de averiguação do evento de acordo com os aspectos reputados importantes pelo historiador.

De acordo com o sentido próprio do verbo *esclarecer*, poderia parecer que apenas a intenção do curioso corresponde efetivamente à ideia de esclarecer um *evento*, porque apenas ele estaria interessado na pura e simples projeção de luz sobre o objeto observado. O investigador comprometido com qualquer outro motivo, por sua vez, deseja confirmar ou refutar um *fato*, que é um recorte parcial de um evento já formulado mentalmente através de uma hipótese linguística, efetuado em razão de uma finalidade determinada. Assim, o esforço de esclarecimento do juiz ou do historiador não poderia, em nenhuma circunstância, ser considerado como voltado ao esclarecimento da verdade de um evento, mas sim à verificação de um fato delimitado por um enunciado linguístico. Busca-se, portanto, lançar luz sobre um evento sempre parcial, com o objetivo de satisfazer a um interesse específico.

Assim, o esclarecimento do conteúdo do fato investigado é sempre parcial, porque está condicionado pelas circunstâncias que motivam a investigação e pelo conteúdo da hipótese que se pretende confirmar. Pode-se afirmar ainda que própria potência das lentes utilizadas para se observar um determinado evento é condicionada pelos fins pretendidos. Quando se prova o que se pretendia encontrar ou se refuta em definitivo a hipótese, o motivo do ato de esclarecimento é exaurido, sua ação é interrompida e os demais fatos e circunstâncias que fariam parte do evento, mas não estavam contidos na formulação hipotética, são ignorados. Pode, também, ocorrer que os fins propostos ao ato de esclarecer conduzam a um esclarecimento alargado do fato,

podendo incluir circunstâncias do evento antes não consideradas. É assim que, quando se investiga um fato, pode-se deparar com elementos que exijam a reformulação da hipótese ou a formulação de novas hipóteses subordinadas àquela primeira ou que a subordinam.

Do que se expôs até aqui, percebe-se (a) que o esclarecimento de algo em sentido *figurado* envolve a habilidade de distinguir objetos, fatos e circunstâncias uns dos outros, a partir de um fim determinado, (b) que o esforço de distinção é uma operação ativa que depende do fim pretendido no ato de esclarecer, (c) que o objeto a ser esclarecido não precisa existir fora da mente e (d) que quando se tem um fim prático, a qualidade do esforço de esclarecimento pode ser irrelevante desde que se atinja o fim pretendido.

Mas como se pode esclarecer coisas abstratas? Uma gaveta é um objeto que pode ser examinado com as mãos e com os olhos. Os momentos de uma conversa podem ser distinguidos por critérios como os assuntos abordados e o estado de ânimo das pessoas que falam. Os vestígios de um crime podem ser observados e distinguidos, com o objetivo de se construir uma narrativa a respeito do que aconteceu. Portanto, é possível estabelecer critérios de observação para coisas abstratas, dando a elas uma forma definida.

No entanto, não é possível esclarecer algo que tem um conteúdo indeterminado, uma forma indefinida e feições que não podem ser discernidas através do uso de critérios determinados. É exatamente o que ocorre quando se elege a *verdade* como um ideal absoluto, que deve orientar cegamente toda atividade de esclarecimento. Se a verdade não tem forma definida, ela não pode ser apreendida, porque se confunde com algo indescritível, que seria a realidade, enquanto conjunto de tudo o que se reputa real – assumindo-se que se tenha em vista uma perspectiva *realista*. A verdade não poderia ser esclarecida em termos tão abstratos, porque não se teria um ponto de partida para iniciar sua investigação. Não se saberia para onde direcionar o desejo de esclarecimento. Portanto, a meta de esclarecimento da verdade, em termos absolutos, mostra-se inviável como discurso de justificação de qualquer investigação e, para os fins dessa análise, mostra-se inviável também como discurso de justificação dos poderes instrutórios do juiz. A verdade tem um caráter necessariamente predicativo e, por isso, o objetivo pretendido através de seu esclarecimento deve poder ser identificado. Trata-se sempre de esclarece-se a verdade sobre um fato, atribuindo-se um predicado a um enunciado descritivo, de acordo com objetivos determinados.

Portanto, quando se deseja obter a verdade sobre uma característica particular de um evento, o que move a investigação é a pretensão de realizar com ela certas finalidades, específicas ou difusas, que são exteriores à própria investigação. Para que essas finalidades sejam realizadas, importa que a hipótese que conduz a investigação seja precisa, e não difusa ou indeterminada, porque ela somente pode ser investigada se for precisa.¹⁶⁸

Nos casos das atividades da polícia judiciária ou do historiador, a intenção de investigar carrega consigo uma expectativa de que a investigação tenha um resultado positivo, com a confirmação da hipótese que a originou. Não há sentido esperar que alguém inicie uma investigação que já se pressupõe fadada ao fracasso.¹⁶⁹ Assim, restringe-se a hipótese elementos específicos, que o investigador considera passíveis de verificação e dos quais se pode deduzir outros, formulando-se hipóteses subsidiárias. Um quadro mais completo de todo esse processo seria o seguinte: através da investigação de uma hipótese que descreve um fato, com todas as circunstâncias dele que forem consideradas relevantes, pretende-se esclarecer algumas características de um evento, que se assume existir fora da mente e que pode ser apreendido, mesmo que parcialmente, através de uma operação ativa de observação, de investigação e de prova. Desse modo, obtém-se uma hipótese determinada, verificável empiricamente, que, depois de submetida ao processo de prova ou verificação, autoriza três conclusões possíveis: a sua confirmação, a sua negação expressa ou a impossibilidade de confirmá-la.

Cabe considerar, então, como funciona o processo de confirmação da hipótese. Como já foi mencionado, a hipótese não pode ser genérica. Não se pode afirmar simplesmente “*quero revelar a verdade*”. A verdade versa *sobre* algo, como um fato hipotético do tipo “uma pessoa determinada praticou um delito determinado”, do qual se pode concluir que “é verdade que ‘uma pessoa determinada praticou um delito

¹⁶⁸ Pode-se estender essas considerações, sobre a formulação da hipótese, à sua conversão do modo indicativo ao modo interrogativo. Uma hipótese sobre um estado de coisas deve sempre poder ser transformada em uma pergunta. Uma hipótese como “uma pessoa determinada cometeu um delito determinado” pode ser transformada em perguntas que já antecipam o caráter predicativo do esclarecimento da verdade: “uma pessoa determinada cometeu um delito determinado?”; “é verdade que ‘uma pessoa determinada cometeu um delito determinado?’”. O próprio impulso de investigação de uma hipótese pode ser expresso de modo interrogativo. Perguntas são feitas em virtude de alguma expectativa de que elas sejam respondidas com respostas que confirmem ou refutem as hipóteses que elas carregam em si. A indagação pressupõe uma impressão ou uma suspeita que corresponda a uma hipótese ainda não confirmada.

¹⁶⁹ Isso vale também para investigações de naturezas diferentes. Ninguém investigaria algo cuja existência não considera ser possível ou cuja existência considera ser excessivamente excêntrica à imaginação.

determinado””, que “é falso que ‘uma pessoa determinada praticou um delito determinado’” ou que “não é possível saber se ‘uma pessoa determinada praticou um delito determinado’”. Na base do processo de verificação, há uma formulação geral com feições como: *é verdade que um fato determinado ocorreu sob circunstâncias determinadas?* A pergunta contém a hipótese que se pretende confirmar. Todas as inferências sobre seus aspectos específicos podem ser feitas a partir dela. Aqui se vê que o processo de esclarecimento está sempre ligado ao objetivo de confirmar a veracidade de um estado de coisas, independentemente dos fins que impulsionam o ato (os fins do juiz, os fins do historiador etc.).

De partida, essa pergunta mostra-se genérica demais no processo de investigação, visto que ela não fornece em seu interior nenhuma indicação sobre como respondê-la. Em verdade, a própria consideração de que ela é uma pergunta verificável já supõe uma série de outras inferências. Para responder a essa pergunta principal, relacionada a essa hipótese principal, são feitas outras hipóteses condicionadas a ela. A maior parte delas é implícita e sequer é percebida conscientemente. Nenhuma dessas hipóteses secundárias ou condicionais, que atestam, por si, circunstâncias específicas do fato da hipótese principal, responde diretamente à pergunta central, mas elas permitem a formulação de juízos de probabilidade fortes a respeito da pergunta central, que posteriormente se sedimentam na mente na forma de um juízo de certeza. Esse juízo de certeza expressa a *adequação* entre o enunciado sobre o fato e a realidade do fato ou, simplesmente, a veracidade do fato. Das hipóteses mais específicas, que sustentam a hipótese principal, até o juízo conclusivo sobre a hipótese principal, há diversos saltos de inferências. A investigação não compreende processos perfeitos de dedução e de indução.

Em relação à investigação processual penal, observa-se que mesmo quando se afirma que a meta do processo penal é a descoberta da verdade, em termos genéricos, a investigação processual, propriamente dita, não se orienta por termos genéricos, mas por hipóteses precisas. A acusação é uma hipótese que afirma: *uma pessoa determinada cometeu um crime determinado sob circunstâncias determinadas*. Daqui se percebe que quando se deseja esclarecer a verdade, deseja-se esclarecer a verdade *sobre* algo determinado. A *verdade* figura, portanto, como uma espécie de juízo *sobre* algo. Já se viu que esclarecer é lançar luz sobre algo, procurando tornar claros seus detalhes, dentro dos limites do interesse que se tem em esclarecer algo. É necessário que se fixe a coisa, ou “o algo”, a ser esclarecido. A verdade a ser esclarecida é sempre a verdade sobre

algo, portanto, é um juízo de confirmação de uma hipótese formulada a respeito de um objeto ou fato. A falsidade é seu oposto, é a negação da hipótese.

2.4. Algumas conclusões

Desse excuro podem ser extraídas algumas importantes conclusões. Em primeiro lugar, a meta de esclarecimento da verdade versa *sobre algo* e, por isso, depende da confirmação de uma hipótese determinada mediante um processo de demonstração. Em segundo lugar, a *verdade*, formulada como ideal indeterminado, não tem qualquer utilidade para o esclarecimento de um fato, visto que qualquer investigação depende de uma impressão traduzida linguisticamente em uma asserção hipotética sobre um fato. Não se pode investigar uma hipótese vazia ou de limites imprecisos. Em terceiro lugar, a investigação conduz à predicação de um juízo de valor – essencialmente, de veracidade ou de falsidade – sobre a hipótese. Esse juízo de valor é o que realmente deseja-se obter através da investigação, porque dele se extraem importantes finalidades práticas. Por exemplo, um juiz confirma que um indivíduo praticou um crime e, a partir dessa conclusão, impõe-se a ele uma pena criminal, ou um historiador confirma que uma determinada descrição de um fato histórico é verdadeira de acordo com as fontes de que se dispõe. Em quarto lugar, o processo de inferências da hipótese principal até sua confirmação está sujeito a uma série de áreas cinzentas, com saltos inferenciais. Algumas delas são resolvidas, no direito, com o uso de presunções e ficções, por exemplo.

Em síntese, o juízo de veracidade permanece sendo visto a partir de uma perspectiva de correspondência entre a descrição de um enunciado e um estado de coisas. Esse juízo resulta em uma aglutinação, num plano puramente mental, entre um enunciado hipotético e um estado de coisas. Assim, dá-se aparência de realidade a um enunciado linguístico que está inevitavelmente dissociado do fato a que pretende relacioná-lo. Desse modo, produz-se um juízo de *certeza* sobre esse enunciado.

Quando se afirma que o processo penal é orientado em direção ao esclarecimento da verdade, essa verdade só pode ser predicada a fatos específicos, passíveis de serem verificados mediante cadeias de hipóteses. Assim, a *verdade real* é uma *categoria jurídica* que serve ao objetivo de *justificar* um modo de proceder no processo. Ela pode ser considerada mítica, epistemicamente ingênua e idealista quando

ela é transformada em um ideal indeterminado. Quando transformada em ideal indeterminado, a *verdade real* pode justificar uma completa liberdade de investigação dos atores processuais, especialmente do juiz, permitindo ao processo assumir um aspecto marcadamente *inquisitório*¹⁷⁰.

Mas, se for devidamente afastada essa margem de indeterminação da expressão e se for reconhecido o caráter predicativo da noção de *verdade* e o caráter prático de seu adjunto *real*, percebe-se que o esclarecimento da verdade está voltado a *fins determinados* e contribui para o estabelecimento das *formas* das práticas probatórias. A noção jurídica (e nunca epistemológica) de *verdade real*, criada para ser utilizada no âmbito do processo penal, tem precisamente a função de demarcar um tipo de relação do processo com seu objeto, que é diferente da relação do processo civil com seu objeto – que se vale, de modo geral, do princípio da verdade formal. Com essa distinção jurídica entre “tipos” de verdade, quer-se registrar que para cada tipo de verdade estão em jogo fins diferentes e que, desse modo, as respectivas dinâmicas probatórias devem ser diferentes entre si. No entanto, ambos os tipos de processo continuam buscando o *mesmo tipo* de juízo de predicação de veracidade sobre hipóteses determinadas.

Com a simples delimitação dessa distinção entre verdade real e formal, nada se afirma sobre o processo de averiguação dos fatos propriamente dito, nem sobre como se opera o processo de busca ou de esclarecimento da verdade. Essa distinção faz parte dos valores que orientam as práticas probatórias. E a construção das práticas probatórias depende da relação dessa perspectiva predicativa de esclarecimento da verdade com os horizontes éticos e gnoseológicos aceitos pela comunidade jurídica em um determinado momento. Ao mesmo tempo em que a compreensão de que o processo penal está voltado a uma verdade de tipo material situa o julgador no centro da produção das provas, a compreensão de que essa atividade pode ocasionar sua invasão no espaço funcional da acusação impõe limites à sua atividade instrutória.

Portanto, não se poderia aceitar qualquer tendência de se conferir poderes probatórios amplos ao juiz apenas porque a verdade é um dos fins do processo, como ocorre no processo penal brasileiro. A verdade não é o único fim em questão e ela não exerce um império absoluto sobre o processo penal. Se a verdade se impusesse como valor absoluto, desconectado de seu papel predicativo, seria possível que, na investigação dos fatos, fossem formadas hipóteses subreptícias, que ampliassem os fatos

¹⁷⁰ Como afirma, por exemplo, AURY LOPES JR., *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 579 ss.

levados ao conhecimento judicial ou não guardassem relação com eles, e que o juiz apenas tentaria ratificar através das provas que produzisse durante o processo. O juiz poderia basear-se em hipóteses completamente distanciadas da imputação, afastando-se do fato hipotético levado à apreciação da jurisdição penal, e poderia, também, atuar como acusador, desequilibrando sua posição funcional. E até mesmo a própria necessidade de existir um órgão de acusação diferenciado poderia ser considerada dispensável. Assim, a instrução oficiosa do juiz correria o risco de ser completamente ineficaz para a produção de uma sentença materialmente correta em relação aos fatos levados ao processo e a margem de arbitrariedade decorrente do desequilíbrio de sua posição funcional tornaria sua atuação ilegítima.

A verdade real no processo penal, em contraste com a verdade formal civilista, anuncia uma finalidade do processo penal, de investigar os fatos independentemente dos interesses das partes. Essa finalidade implica um estilo de estruturação da gestão da prova que é diferente daquela do processo civil e se liga à indisponibilidade do objeto do processo, à impossibilidade de se desistir da investigação, uma vez iniciado o processo. Com a enunciação da verdade real, demarca-se uma meta a ser realizada no interior do processo, mas não se afirma *como* se pode obtê-la. Essa noção não oferece, em si, qualquer garantia de que o emprego de todos os meios investigativos possíveis seria útil a seu esclarecimento. Os interrogatórios sugestivos e as coações físicas e morais a que foram submetidos os réus em diversos momentos da história das instituições criminais mostram que atribuir um amplo ou irrestrito poder de produção de provas ao juiz não é garantia da correção material da investigação.

Tudo isso aponta para a conclusão de que *admitir que se deva buscar a verdade no processo nada permite dizer sobre os meios ou modos eficazes e legítimos para atingir esse fim*. Ao se assumir que é necessário buscar a verdade de um fato, não se prova que um amplo poder de investigação do juiz é útil ou necessário para se realizar essa meta. Um processo voltado à verificação da verdade só pode se manter alinhado a seus fins gerais de obtenção de justiça e reestabelecimento da paz jurídica se o processo de esclarecimento do fato, para a formação do juízo de veracidade, for feito cuidadosamente e sempre com atenção aos potenciais riscos de distorções. Para que se preserve esse alinhamento, é necessário que o processo de verificação dos fatos seja conscientemente considerado durante a própria verificação dos fatos. Isso exige, de um lado, a renúncia à indeterminação da formulação de uma verdade absoluta e, de outro, uma constante observação do alinhamento das práticas processuais com o processo

sucessivo de confirmação e refutação das hipóteses sobre os fatos, com os valores éticos e os postulados gnoseológicos elementares da comunidade jurídica.

3. O SISTEMA ACUSATÓRIO NO QUADRO GERAL DOS SISTEMAS PROCESSUAIS-PENAIIS

A estrutura e a dinâmica da produção da prova no processo penal são tradicionalmente associadas aos fins gerais desse ramo processual e a algum modelo processual ideal, que seria capaz de explicar aquelas práticas e de orientá-las de acordo com aqueles fins. Esse modelo é encontrado em algum ponto intermediário de uma escala em cujos pontos extremos – frequentemente tratados como opostos – figuram os modelos de *processo adversarial*, de um lado, e o *processo inquisitório*, de outro¹⁷¹. Esses tipos processuais corresponderiam a duas visões antinômicas de processo: no modelo adversarial, prevaleceria uma perspectiva de disputa entre partes (*contest* ou *dispute*); no inquisitório, de investigação ou inquirição (*inquiry*) do fato que se desprende dos interesses das partes diretamente envolvidas¹⁷². Nos pontos intermediários dessa escala são encontrados modelos que, pela combinação de suas características, poderiam ser considerados versões mitigadas daqueles modelos originais, como o *acusatório* e o *misto*, na medida em que incorporam, em diferentes arranjos, diferentes elementos daqueles dois polos, criando dinâmicas processuais distintas das dinâmicas originárias de um processo adversarial ou inquisitório puros.

As atuais formas processuais, direcionadas ao fim de obtenção da verdade sobre o fato são fruto de um longo processo de sedimentação na história das práticas e das instituições jurídicas. Elas não se apresentam como corolários lógicos das intenções de se obter justiça e paz jurídica através da investigação da verdade a respeito do fato submetido a juízo. Uma perspectiva comparativista pode demonstrar essa situação. Se se recuar um passo na definição da matriz processual entre o inquisitório e o acusatório, chega-se à distinção entre as diferentes matrizes continental e anglo-americana, o que compreende a distinção entre *sistemas adversariais* e *sistemas não-adversariais* ou *inquisitórios*. No século XX, essa distinção foi amplamente utilizada para distinguir

¹⁷¹ Na tradição continental de *civil law* é mais comum que o processo acusatório ocupe a posição que foi dada ao processo adversarial nesta escala. A diferença essencial entre *adversarial* e *acusatório* é geralmente situada nos diferentes modos de percepção do objeto do processo. Naquele, o objeto seria disponível – com uma consequente flexibilização dos modos de composição do litígio, abrangendo diversas perspectivas de negociação – e neste o objeto seria indisponível – o que resulta em maior rigidez estrutural e menores espaços de flexibilização dos procedimentos, decorrentes de um alinhamento mais estreito com a imperatividade de uma profunda investigação dos fatos. Em virtude da larga influência exercida pelo direito penal de *common Law* no continente europeu e na América Latina, a escala proposta abrange também os aspectos estruturais desses processos.

¹⁷² MIRJAN DAMAŠKA, *Faces of justice...* p. 3.

processos que dependem da manifestação de um demandante para serem iniciados (*processus per accusationem*) de processos que independem da existência de um demandante (*processus per inquisitionem*). No continente europeu, ela adquiriu diversos significados técnicos. A indefinição dos diversos significados atribuídos à distinção é tão ampla que MIRJAN DAMAŠKA salienta que apenas seu centro permaneceu estável. O sistema adversarial teria sua forma definida a partir de uma noção de competição ou disputa, em que os adversários se confrontam diante de um juiz relativamente passivo, que tem como principal função chegar a um veredicto; o sistema não-adversarial é estruturado como uma inquirição ou investigação oficial, em que a maior parte das atividades recai sobre os funcionários do Estado.¹⁷³

A partir dessa distinção-base, iniciam-se as incertezas a respeito das características, das funções, da amplitude do controle oficial de ambos os tipos de processo. A partir do modelo de *civil law*, é mais comum o pensamento dos modelos voltado à alocação do controle sobre o processo, que caberia aos funcionários da justiça ou ao juiz. Boa parte da confusão nessas distinções tem origem no fato de que os critérios de distinção continuam incertos. Os processos penais vigentes são tradicionalmente classificados conforme sua correspondência com características desses modelos. E os modelos, por sua vez, encontram seus fundamentos a partir de duas diferentes perspectivas. Na primeira delas, eles corresponderiam a formas processuais ancestrais, historicamente localizadas, das quais as estruturas processuais penais atuais seriam descendentes. Na segunda, eles representariam configurações teóricas ideais que teriam sua razão de ser na coerência lógica inerente a seu conjunto, independentemente de se saber se eles teriam ou não existido algum dia¹⁷⁴.

Com o objetivo de encontrar soluções para problemas centrais ao processo penal, é comum que a doutrina processual penal misture essas duas ordens de explicação, sem considerar suas diferenças. Pode-se, de fato, remeter as configurações dos processos penais contemporâneos dos Estados ocidentais a raízes comuns¹⁷⁵, mas há tão significativa variação a respeito de sua compreensão na doutrina contemporânea que o uso desses modelos para traçar diagnósticos e propor soluções para problemas atuais vem se mostrando duvidoso. As ambiguidades que eles criam não favorecem a apresentação de uma explicação suficientemente clara e unitária para questões

¹⁷³ MIRJAN DAMAŠKA, *TheFaces of justice...* p. 3.

¹⁷⁴ MIRJAN DAMAŠKA, *TheFaces of justice...* p. 5.

¹⁷⁵ HELMUT COING, Das Recht als Element der europäischen Kultur. *Historische Zeitschrift*, 238-1 (1984), p. 1-15.

específicas que têm repercussão em toda a estrutura do processo, como o espaço de atuação instrutória do juiz no curso do processo e das investigações preliminares.

Por exemplo, na Alemanha e em Portugal vigora um modelo acusatório integrado pelo princípio de investigação. No Brasil, o atual estado da legislação estabelece um ônus de alegação às partes que convive com amplas possibilidades de atuação probatória do julgador. Os decorrentes desencontros entre a doutrina e a jurisprudência apenas deixam evidente que a própria legislação não oferece uma solução de modelo acabada. A prática judiciária no Brasil tende, em certos momentos, à permissão uma atuação ativa do juiz, e não apenas subsidiária.¹⁷⁶ Em determinados casos, a vontade de se solucionar um caso judicial com a produção de uma sentença materialmente correta do caso se superpõe à observância das regras processuais.

O estabelecimento de matrizes processuais penais unitárias e a classificação dos processos vigentes de acordo com elas são amplamente utilizados na tentativa de se atribuir ao processo penal um sentido de unidade e sistematicidade. A partir da proximidade das leis e das práticas processuais com características de um ou outro desses modelos, busca-se sua compatibilização com os modelos e com elementos que, no entanto, não estão diretamente ligados aos modelos, mas envolvem a correção dos procedimentos probatórios, a preservação da imparcialidade do julgador, o respeito às garantias individuais ou a eficiente realização da persecução criminal. Conseqüentemente, o estilo probatório do processo penal é analisado à luz dessa taxonomia dos modelos com um fim específico: adaptar o processo penal a um horizonte jurídico-penal determinado.

Assume-se, assim, que as características de cada um dos modelos servem a concepções de Estado e de exercício da jurisdição penal diferentes. Desse modo, esse esforço de classificação teria, portanto, um fim facilmente identificável: acima de tudo, a defesa de um processo de tipo específico. Assim, restam espaços de pouca luminosidade sobre o modo como teriam sido formados os modelos¹⁷⁷, sobre a razão de

¹⁷⁶ Um exemplo pode ser visto no Acórdão do *habeas corpus* 114.478-PR, de 25 de abril de 2014, no STJB, lavrado pela Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. No caso, o juiz de primeira instância juntou documentos ao processo apenas no final da instrução, produzindo prova de ofício, sem permitir que as partes se manifestassem sobre esses documentos. O Acórdão reconheceu a invalidade da prova e anulou a sentença obtida por meio dela sob a seguinte justificativa: “No processo penal acusatório o juiz não é um mero expectador, mas também não pode assumir posição de liderança na produção de provas, como ocorreu na espécie, determinando a juntada de documentos, *ex officio*, quando já encerrada a instrução, sem que as partes fossem ouvidas.”

¹⁷⁷ A análise histórica dos modelos processuais empreendida por MAURO FONSECA ANDRADE pôde demonstrar as dificuldades das formulações de quais seriam os elementos necessariamente integrantes dos modelos e a ampla diversidade de critérios adotados pela doutrina contemporânea, nem sempre embasada

se atribuir a eles determinadas características e não outras, e sobre a própria necessidade de se efetuar esse esforço classificatório. Isso revela que há um amálgama entre as atividades de descrição e prescrição na classificação e acordo com modelos. De um lado, a doutrina descreve o direito posto e o enquadra dentro de um dos modelos de referência; de outro, utiliza o modelo como lente de observação do direito posto.

O fim do processo penal continua a se afirmar modernamente como o de contribuir para a pacificação da sociedade mediante a produção de sentenças materialmente corretas, dentro de limites determinados. A justificativa é o limite ao poder do Estado com a preservação da verdade como meta, que, mesmo inatingível, poderia ser perseguida por aproximação. A questão da limitação da atividade probatória do juiz e da análise de sua extensão tem sentido apenas em um processo que procure diferenciar as atividades do acusador e do julgador. Portanto, as análises específicas de características dos modelos a serem realizadas neste trabalho devem versar prioritariamente sobre o modelo acusatório. Estruturalmente, tende-se a deixar prevalecer o ônus da prova para quem promove a alegação. Se é o acusador quem estabelece a hipótese acusatória, cabe a ele prová-la. Nesse contexto, surge o espaço para uma atuação probatória subsidiária do juiz.

3.1. Modelos processuais: pluralidade de definições e finalidades das classificações

A distinção entre sistema acusatório e inquisitório pode ter caráter teórico ou histórico. Nem todas as características dessas duas ordens coincidem entre si. Certas categorias eleitas teoricamente como parte do processo acusatório podem não ser encontradas em processos acusatórios históricos e vice-versa. Essa assimetria causa muitas confusões, havendo tendência de se reter nas classificações processuais determinados elementos que fazem parte da tradição histórica dos modelos, mas que não são logicamente necessários a nenhum deles ou que são, em verdade, compatíveis com ambos.¹⁷⁸ A construção teórica dos modelos é convencional e a escolha dos elementos essenciais e dos contingentes de cada um deles também o é, sendo condicionada por juízos de valor, especialmente por conta da associação que se faz do

em uma compreensão clara do funcionamento dos modelos. (MAURO FONSECA DE ANDRADE, *Sistemas processuais penais...*)

¹⁷⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 574-575.

processo acusatório a um modelo garantista e do inquisitório a argumentos de eficiência repressiva. Essa dicotomia costuma designar a alternativa entre modelos de organização judiciária opostos, o que implica dois tipos de juiz diferentes e dois métodos de realização dos procedimentos, o que resulta em tipos diferentes de julgamento.¹⁷⁹

São variadas as definições apresentadas para estabelecer o que é um modelo ou sistema processual acusatório. De modo geral, as definições variam de acordo com quais princípios são considerados fundamentais ao sistema e quais seriam acessórios, secundários ou dispensáveis. Alguns pesquisadores procuram, inclusive, saber se os modelos realmente possuem características que permitam chamá-los de sistemas, a partir de seu cotejo com definições de *sistema*. A escolha de quais seriam os princípios essenciais aos modelos processuais depende do tipo de perspectiva que orienta a definição. De modo geral, as perspectivas são a histórica e a teórica. A perspectiva histórica parte de esforços de reconstrução historiográfica de quais seriam as práticas prototípicas dos modelos processuais. A perspectiva teórica parte da eleição de determinadas características, de acordo com uma premissa de fundo, embasada em inevitáveis juízos de valor, que definiria qual traço processual seria o decisivo ao sistema acusatório. Não raramente, essas duas perspectivas se inter cruzam, a tal ponto que não podem ser precisamente separadas. É nessa área cinzenta entre teoria e história que se situa a maior parte da doutrina quando se refere aos sistemas processuais.

Geralmente considera-se que a característica fundamental do modelo processual acusatório, que o distingue em definitivo do inquisitório, é a separação dos órgãos ou das pessoas encarregadas das tarefas de acusação e de julgamento. Essa é uma percepção amplamente reconhecida pela doutrina. No entanto, há consideráveis divergências a respeito de quais seriam os elementos ou princípios indispensáveis para que essa separação mantenha-se bem delimitada.

Um quadro mais completo das características tipicamente atribuídas aos modelos acusatório e inquisitório inclui uma enumeração mais ampla de seus elementos, agrupados de modo não necessariamente sistemático. Assim, o modelo acusatório seria marcado por uma ênfase nos interesses particulares no processo, atribuindo-se um papel reduzido ao Estado em seu curso, do que resultaria o caráter privado e disponível do processo. Seu início dependeria de uma acusação e seu procedimento deveria ser oral e público, com a permissão de produção das provas exclusivamente às partes, partindo-se

¹⁷⁹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 575-576.

de uma perspectiva de duelo judiciário entre elas. O juiz seria neutro e passivo em relação à produção das provas, admitindo-se historicamente como meios de prova juramentos, confissões, documentos e depoimentos de testemunhas. O processo seria estruturado a partir de uma concepção de luta, em que prevalece a igualdade das partes, com a prevalência do princípio dispositivo, em função de sua proximidade com o processo civil. Os interessados fixariam o tema do processo e o juiz não poderia modificá-lo, decorrendo disso uma decisão pautada pela prevalência dos princípios do contraditório e da verdade formal, decorrentes, em suma, de uma concepção privatística do *juspuniendi*. O modelo inquisitório, por sua vez, seria marcado pelo interesse público da reação criminal, pela centralização do poder político e pelo consequente caráter público e indisponível do processo. As reações privadas seriam proibidas e caberia ao Estado a realização oficiosa da persecução criminal, do que resultaria que a promoção do processo ocorreria de ofício. A investigação seria dirigida por um inquisidor, e a fixação do objeto do processo seria realizada pelo próprio juiz. Prevaleceria a desigualdade das partes e uma das primeiras consequências da instauração da investigação seria a prisão imediata do acusado. Não haveria contraditório e a defesa seria quase inexistente, com a produção de provas cabendo inteiramente ao juiz, em função da persecução de um difuso ideal de verdade material. A confissão teria grande valor, podendo ser obtida, inclusive, mediante tortura. O processo seria secreto, e o principal valor a ser realizado através dele seria o de defesa da sociedade contra o delinquente.

Não obstante essa ampla gama de características possíveis os princípios mais comumente atribuídos ao processo de tipo acusatório são relativos ao início e à impulsão do processo, quais sejam, o princípio da oficialidade e o princípio acusatório. O princípio da oficialidade é responsável pelo estabelecimento do monopólio estatal sobre a inauguração e a impulsão do processo. O princípio acusatório estabelece que a acusação que inicia o processo deve ser formulada por órgão ou pessoa diferente do órgão ou da pessoa do julgador. Disso decorre um tipo processual que tem como pressupostos estruturais a existência de órgãos de acusação e julgamento separados e a obrigação do julgador de limitar a atividade processual aos limites materiais da acusação formal. Caso a atividade processual extrapole esses limites, o juiz participa indiretamente na formulação ou na complementação da acusação. De acordo com essas características, o que diferencia o processo acusatório do processo inquisitório é o princípio acusatório.

Segundo essa formulação, os princípios ligados à atividade probatória não seriam fundamentais para a determinação do modelo processual. A questão da *iniciativa probatória* é de ordem diferente da questão dos *poderes de direção formal* do processo – distinção que também é expressa com as expressões *materielle* e *formelle Prozessleitung*. Na *common law*, por exemplo, o juiz tem poder de dirigir o processo, mas é passivo na produção das provas.¹⁸⁰

Já no direito de *civil law*, poderia haver processo acusatório tanto com um juiz inerte quanto com um ativo na produção das provas, desde que a separação entre órgão de investigação e de julgamento seja preservada; seja com a livre apreciação da prova ou com os mecanismos da taxatividade legal do valor da prova. Esses princípios, assim como todos os demais, seriam secundários ao modelo acusatório. Embora princípios como a ampla defesa e o contraditório sejam considerados como essenciais aos Estados democráticos de direito contemporâneos, eles não seriam essenciais ao modelo processual de tipo acusatório. Na atualidade existe uma grande tendência de aproximação do processo acusatório com um determinado modelo de Estado, mas o fato é que essas são questões completamente distintas, que, do mesmo modo como podem ser combinadas, podem ser isoladas e analisadas separadamente.

Além dessa primeira definição tradicional, outras estabelecem que, para além dos princípios da oficialidade e da acusação, outros seriam essenciais para garantir que o processo preserve a separação de funções. Portanto, não bastaria que a acusação fosse formulada por pessoa diferente do julgador e que o julgamento estivesse circunscrito ao conteúdo da acusação. Seria necessário garantir que o juiz não se imiscuisse incidentalmente nas atividades e nas funções típicas do órgão acusador. Desse modo, os princípios do contraditório e da ampla defesa assumiriam posição central, assim como a necessidade de motivação da sentença, o *in dubio pro reo* etc. Outras perspectivas colocam em primeiro plano os princípios probatórios, afirmando que a separação de funções depende fundamentalmente de como o juiz se posiciona em relação à coleta do material probatório no processo. Se for passivo, preserva-se a separação; se for ativo, quebra-se a separação em virtude do risco de que ele desempenhe atividade do acusador.

Portanto, são vários os caminhos que conduzem à definição do que é o sistema acusatório. A partir desses caminhos tenta-se classificar processos vigentes, com o

¹⁸⁰ CAVALLONE, Riflessioni sulla cultura... p. 955.

objetivo de avaliar em que medida eles são compatíveis com algum modelo teórico ou histórico de processo acusatório e em que medida um determinado processo concreto preserva a separação das atividades dos diferentes órgãos. Disso se percebe que a definição do que seria o sistema acusatório não tem como objetivo um simples exercício de classificação. A questão fundamental é saber se há ou não separação de funções, visto que da existência ou não dessa separação segue-se uma série de consequências essenciais para se determinar qual é o tratamento processual dado ao acusado ou arguido no curso do processo, incluindo a extensão de seus direitos. A partir dessa definição, pode-se dizer se ele efetivamente figura como sujeito de direitos ou como objeto de prova à disposição do processo e, de modo mais amplo, se o processo é compatível com um determinado modelo de Estado.

Portanto, não obstante os amplos esforços que são empreendidos para realizar as classificações processuais a partir de modelos determinados, o essencial não é saber se o processo é ou não acusatório ou inquisitório, mas em que medida um determinado processo penal está alinhado com valores de um determinado modelo de Estado. Quando se trata dos Estados democráticos de direito, uma questão de fundamental importância é a de saber se a separação de funções entre a acusação e o magistrado se sustenta e quais são as repercussões dessa separação, concretamente considerada, nos fins gerais que se pretende alcançar através do processo e nos direitos do acusado. A história do processo penal é rica em exemplos dos riscos de se deixar que o julgador exerça também a função de acusador. São riscos tanto em relação à situação processual de quem é submetido a julgamento quanto em relação à possibilidade de se favorecer a impunidade de alguém que tenha praticado um delito.

Tendo em vista que o processo penal, na tradição europeia continental e na latino-americana, é orientado em função da produção de uma sentença materialmente correta, o fato delituoso é submetido a uma investigação ostensiva, de modo que se possa esclarecer suas circunstâncias com o duplo fim de não permitir que um erro material resulte na impunidade de quem praticou o delito ou na punição de um inocente. Um dos postulados essenciais dessa tradição processual-penal é a indisponibilidade do objeto do processo.¹⁸¹ Um importante argumento utilizado para se afirmar que deve

¹⁸¹ Conforme GUSTAVO BADARÓ, a pretensão processual é o objeto do processo e a imputação é a formulação da pretensão. O objeto do processo é o conteúdo da imputação (o fato juridicamente qualificado imputado ao réu), e não a imputação em si. O fato, por isso, deve ser examinado em sua totalidade. Se parte dele ficou fora da imputação, a acusação deve ser alterada para incluí-lo. (GUSTAVO

haver um princípio de instrução no processo acusatório é o de que a tarefa de realização do jus puniendi não deve recair sobre as partes. De acordo com essa perspectiva, na produção da prova, deve-se permitir que as partes possam produzir todas as provas que julgarem pertinentes, mas elas não podem ser ameaçadas pela ausência de conhecimento de circunstâncias importantes pelo fato de não terem sido alegadas. Esse argumento justificaria a atuação probatória oficiosa do juiz, para que ele averiguasse a verdade material a respeito do fato investigado, incluindo-se a possibilidade de que ele ultrapassasse os limites do caso traçados pelas partes.¹⁸²

Na atualidade, a questão central da distinção entre processo acusatório e inquisitório é de saber quais princípios e quais práticas são indispensáveis para assegurar a imparcialidade do julgador e o equilíbrio entre as partes, de modo a preservar a meta de produção de uma sentença materialmente correta, alinhada com regras de direito que evitem distorções cognitivas e direitos considerados como fundamentais de acordo com o modelo de Estado adotado. Portanto, o olhar o investigador deve deixar de se focar apenas no esforço de classificação propriamente dito e se voltar à observação das práticas processuais, para verificar se elas se prestam à realização dos valores gerais do processo.

Analogamente, é interessante a constatação de MICHELE TARUFFO de que no processo civil também se estabeleceu uma distinção entre modelos de litigação adversarial e inquisitório. Para ele, a dicotomia está equivocada e deveria ser abandonada. Se o processo em que as partes estabelecem o objeto da lide, produzindo todas as provas que julgarem pertinentes, fosse considerado como adversarial, todos os processos seriam adversariais. E se inquisitório significasse que todo o poder do processo está nas mãos dos juízes, nenhum processo seria inquisitório. No entanto, as tendências contemporâneas de se atribuir ao tribunal a responsabilidade de produzir decisões verdadeiras, conferindo a eles poderes ativos de produção de provas, fragilizariam a distinção. Tanto no processo civil de *common law* quanto no processo civil de *civil law* não há um modelo adversarial puro.¹⁸³ Os tribunais têm, em geral, amplos poderes de produção de provas por sua própria iniciativa. Essa é uma

HENRIQUE BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 231.)

¹⁸² EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 18.

¹⁸³ MICHELE TARUFFO, *Investigación judicial...* p.73-81.

perspectiva clara inclusive no processo civil brasileiro, por exemplo¹⁸⁴. TARUFFO também aponta para o caráter ideológico que a distinção assume¹⁸⁵, como se houvesse uma identificação direta entre um tipo de processo e um tipo de Estado, o que, como já foi salientado, tem implicações importantes no processo penal.

Desse modo, deve-se salientar que em um Estado democrático de direito, as principais consequências que se pretende garantir com a separação de funções são a imparcialidade e a objetividade do julgador, para que a cognição judicial não seja distorcida pela visão de um julgador que, independentemente dos fatos levados à sua apreciação, pretenda forçar o processo em direção à absolvição ou à condenação.

3.2. O tipo acusatório de processo

Sob um prisma teórico, pode-se considerar o sistema acusatório como aquele que tem o juiz como um sujeito passivo, separado das partes, e que concebe o julgamento como uma disputa paritária, iniciada pelo acusador, que tem o ônus de provar, seguindo-se o contraditório público e oral com a defesa, e com uma sentença elaborada com base em uma decisão tomada a partir de uma perspectiva de livre convencimento do magistrado. O sistema inquisitório, em contrapartida, seria o sistema processual em que o juiz investiga os fatos, recolhe e valora as provas oficiosamente, através de uma instrução escrita e secreta, com limitação ou supressão do contraditório e dos direitos de defesa.¹⁸⁶

A separação do juiz e do acusador é o elemento fundamental do modelo acusatório. Essa separação é exposta através do axioma *nullum iudicium sine accusatione*, enunciado por FERRAJOLI e se traduz na diferenciação dos sujeitos encarregados das atividades de acusação e julgamento. Seguem-se como consequências

¹⁸⁴ Art. 130 do Código de Processo Civil do Brasil (CPCB) “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

¹⁸⁵ “La distinción es también equívoca a causa de que, muy frecuentemente, se la usa como un arma ideológica en vez de cómo un medio de descripción. En otros términos, se usa con el ánimo de apoyar la creencia de que un sistema adversarial es bueno en sí mismo, porque se corresponde con la ideología liberal clásica de la sociedad, y también con la idea de justicia civil, siendo una estructura basada en la libre competencia entre individuos particulares ante un juez. “arbitral” y pasivo. En el sentido opuesto, cualquier sistema inquisitivo se presenta como intrínsecamente malo y, en consecuencia, merecedor de rechazo porque le otorga al tribunal, es decir, al Estado, la posibilidad de interferir en el arreglo privado de las disputas, en tanto esos conflictos debieran ser dejados a la dinámica de la iniciativa individual y privada.” (MICHELE TARUFFO, Investigación judicial... p. 74.)

¹⁸⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 576.

a passividade e o desinteresse do juiz pelo resultado concreto do processo, por conta do *ne procedat iudex ex officio*, e, principalmente, a atribuição do papel de *parte* ao acusador, com o conseqüente esvaziamento de qualquer poder dele sobre a pessoa do acusado ou arguido. A separação aponta, portanto, para a o distanciamento (*terzietà*)¹⁸⁷ do juiz em relação às partes e é pressuposto das regras de ônus da prova.¹⁸⁸

A imparcialidade do juiz, que se pretende preservar através desse modelo, pode ser entendida como fonte de legitimação de sua atividade, que encontra sua justificação ético-política na busca da verdade e na tutela de direitos fundamentais, a partir de seu distanciamento e de sua independência do sistema político e de outros sistemas de poder. O distanciamento do juiz requer a separação entre juiz e acusador público. Por sua vez, a independência da função jurisdicional requer a separação da magistratura de outros poderes do Estado e exige, também, a separação do juiz da causa de outras autoridades envolvidas. O distanciamento deve ser tanto *pessoal* quanto *institucional*, de modo a não permitir a existência de interesses privados do juiz na causa e nem a subsistência de qualquer interesse público ou institucional do juiz com o resultado do processo. O distanciamento engloba também a imparcialidade em relação à situação das partes, não se permitindo o desequilíbrio das forças de produção probatória.¹⁸⁹ Especialmente, é importante que não haja no juiz interesse acusatório, para que não acabe ocupando ambigüamente também a posição de acusador.¹⁹⁰ Conforme a pertinente síntese de FERRAJOLI, “*non basta tuttavia, per assicurare la separazione del giudice dall'accusa, che nel processo le funzioni accusatorie siano svolte da un soggetto diverso e distinto dal giudice*”¹⁹¹. Antes de tudo, é necessário que a função judicial não seja contaminada pela possível promiscuidade entre juízes e órgãos de polícia. As partes devem contender em paridade, para que o distanciamento do juiz não seja psicologicamente comprometido pelo desequilíbrio de poderes e para que não se criem “*ambigue solidarietà*” e confusões funcionais¹⁹². A paridade entre as partes exige que o órgão acusador não possua funções jurisdicionais – assim como o juiz não pode possuir funções acusatórias – e exige também que a defesa possua a mesma dignidade e

¹⁸⁷ *Terzietà*, expressão traduzida neste texto como *distanciamento*, é entendida por FERRAJOLI como “*l'estraneità del giudice all'interesse delle parti in causa*”. (LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 593.)

¹⁸⁸ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 579.

¹⁸⁹ PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de processo...* p. 350.

¹⁹⁰ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 594-595.

¹⁹¹ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 595-96.

¹⁹² LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 596.

os mesmos poderes investigativos do Ministério Público¹⁹³. Se não os possui, pode-se falar em um equilíbrio material da atividade probatória, com produção de provas de ofício quando se afigurar a possibilidade de demonstração da inocência do réu¹⁹⁴.

Do modo como é concebida por FERRAJOLI, a epistemologia acusatória, enquanto modelo teórico, tem como consequência uma estrutura triangular de processo, em que o juiz ocupa uma posição de distanciamento. Essa estrutura é assegurada por três garantias procedimentais epistemológicas ou primárias, relacionadas ao exercício da atividade cognitiva. Elas são (a) a necessidade de contestação da acusação, que exige a formulação da hipótese acusatória e o subsequente estabelecimento do contraditório judicial – o que pode ser expresso através do brocardo *nullum iudicium sine accusatione*¹⁹⁵; (b) a obrigatoriedade de que o ônus da prova da hipótese acusatória recaia sobre o acusador – *nulla accusatio sine probatione*; (c) e o direito de defesa do imputado – *nulla probatio sine defensione*. Essas garantias primárias são complementadas por garantias secundárias, que possuem um valor flutuante em relação à estrutura acusatória, mas podem e costumam integrá-la. Elas são (a) a publicidade, que desempenha um papel importante no controle interno e externo da atividade processual; (b) a oralidade, que garante a imediatez e a concentração da instrução; (c) a legalidade, que exige a vinculação do desenvolvimento do processo conforme um rito pré-determinado; e (d) a motivação, que garante o caráter cognitivo do processo pela necessidade de fundamentação dos atos judiciais.¹⁹⁶

Nas práticas processuais, o sistema acusatório é organizado de acordo com uma reunião de princípios nem sempre homogênea. Os princípios oferecem, acima de tudo, intenções normativas, mas não são um sistema lógico fechado e coerente. O que o processo oferece é uma transação entre esses princípios, que implica uma corresponsabilidade limitação entre eles.¹⁹⁷ Para GUEDES VALENTE, o modelo acusatório tem a meta de promoção de igualdade de poderes formais entre a acusação e a defesa, colocando o juiz em uma posição *super partes* de passividade, para que o julgamento possa ser realizado

¹⁹³ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 596-597.

¹⁹⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de processo...* p. 351.

¹⁹⁵ Para FERRAJOLI, do axioma *nullum iudicium sine accusatione* decorrem tanto a separação de funcional e subjetiva do juiz e do acusador quanto a necessidade de contraditório, com a contestação da acusação. Essas consequências exigem que a acusação seja formulada em termos unívocos e precisos, “*idonei a denotare esattamente il fatto attribuito e a vincolare ad esso, contro l’indeterminatezza dell’antico processo inquisitorio, l’oggetto del giudizio e della sentenza che lo conclude.*” Também decorre que a acusação deve estar baseada em adequados indícios de culpa e que ela seja integrada com todos indícios que a justifiquem. (LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 622)

¹⁹⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione...* p. 621.

¹⁹⁷ ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. -29-30.

de modo independente, com a atenção do magistrado voltada exclusivamente a uma apreciação objetiva do caso.¹⁹⁸ Em contrapartida, no modelo inquisitório, o juiz é *dominus* do processo. Pode atuar oficiosamente e pesquisar de forma livre todas as provas “conducentes à descoberta da verdade material e não ficta, promovendo buscas, apreensões, audiência de testemunhas, a realização de perícias, vistorias, todas as diligências promissoras do conhecimento da verdade”¹⁹⁹.

Nas práticas processuais marcadas pelo estilo acusatório há uma acusação formulada por entidade autônoma do juiz de julgamento (*ne procedat iudex ex officio*), o que é condição para a imparcialidade do juiz.²⁰⁰ A acusação é a narrativa que define o objeto do processo²⁰¹, impondo-se a separação das funções de investigação e julgamento, garantida especialmente pela diferenciação dos órgãos que investigam no inquérito dos que têm o *dominus* processual²⁰². Para CASTANHEIRA NEVES, segundo o princípio da identidade, o objeto do processo deve manter-se idêntico²⁰³ desde a acusação até a sentença, permanecendo uno e indivisível, e deve ser conhecido em totalidade.²⁰⁴ A estrutura acusatória do processo implica, especialmente, a proibição de que o juiz da instrução seja também órgão de acusação e que o órgão de acusação seja julgador.²⁰⁵ O princípio da oficialidade, por sua vez, estabelece que a iniciativa e o impulso processual da instrução cabem à autoridade pública competente. O princípio da acusação visa conciliar o interesse público da repressão criminal exercida pelo juiz na sentença com o interesse público de imparcialidade e objetividade do juízo. Disso decorre, conforme salienta CASTANHEIRA NEVES, a separação funcional entre *o investigador e o acusador* e também a separação entre *o julgador e o acusador* – esta

¹⁹⁸ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal*. Tomo 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 45.

¹⁹⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 53-54.

²⁰⁰ Conforme a relevante síntese de GUEDES VALENTE: “O juiz que julga só é independente e imparcial se não lhe couber dentro das suas funções o ‘combate’ à criminalidade, porque, mesmo que tivesse em mente a obediência à lei, tendencialmente não iria decidir no sentido de preservar imparcialmente a liberdade dos arguidos, poderia tomar decisões contraditórias aos fins do direito penal e, até, do próprio direito, mesmo que tivesse uma feição aparentemente positiva no combate ao crime”. (MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 79.)

²⁰¹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 80.

²⁰² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 80. O princípio acusatório também é chamado de *princípio da separação de funções*, no sentido dado pela doutrina francesa. (MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 88.)

²⁰³ A identidade tem dimensão objetiva (objeto não muda com mudança da qualificação jurídica) e subjetiva (identidade dos arguidos). (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. 220.)

²⁰⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. 211.

²⁰⁵ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 91.

última expressa na regra *nemo iudex sine actore*. A acusação é condição essencial ao processo, porque define e fixa seu objeto.²⁰⁶

O princípio inquisitório, ou da investigação, implica um poder-dever aos órgãos jurisdicionais de esclarecimento e instrução officiosos do fato sujeito a julgamento, aproximando-se do princípio da oficialidade. Ele visa a consecução da verdade material – tema já explorado no capítulo anterior – e implica que o juízo probatório seja fundado na prova efetiva. Desse princípio não decorre um ônus de apresentar provas em sentido contrário ao da acusação, o que implica a inexistência de uma presunção de veracidade do que foi alegado, valendo a regra do *in dubio pro reo* diante da impossibilidade de se provar a imputação. O princípio da acusação limita o tema do objeto a ser investigado e determina o âmbito da produção probatória, não sendo permitida a ciência privada do juiz: *quod non est in actus non est in mundo*.²⁰⁷

Em Portugal, o CPPP de 1929 (de BELEZA DOS SANTOS) teve como principais fontes o direito anterior, a jurisprudência nacional e a prática dos tribunais. EDUARDO CORREIA aponta para o fato de que o Código mais compilou do que reformou. Logo, ficou muito apegado a diretrizes ultrapassadas pela doutrina. Por exemplo, o juiz podia não apenas julgar como “realizar a investigação que fundamenta a acusação” (art. 171º), no que se assume que havia um regresso inquisitório, com a perda da imparcialidade do juiz e com a redução do papel do Ministério Público.²⁰⁸

Assume-se que o CPPP de 1929 tinha inspiração inquisitória e que a consagração de uma estrutura acusatória se iniciou efetivamente apenas com o Decreto 35.007, de 13 de outubro de 1945.²⁰⁹ O art. 14º desse decreto estabelecia que ao Ministério Público caberia a direção da instrução preparatória. Desse modo, segundo o preâmbulo do decreto, temperou-se o teor inquisitório do CPPP, evitando-se a acumulação das atividades de acusar e julgar no juiz, o que, segundo suas palavras, *subalternizava* o Ministério Público, quando o juiz desempenhava os papéis de julgador, de acusador público (substituindo o Ministério Público) e de órgão de polícia judiciária (recolhendo provas da infração que fundamentariam a acusação). Os poderes de instrução do juiz eram regulados no art. 40º. De acordo com esse artigo, as provas deveriam ser produzidas de acordo com a ordem que se julgasse mais conveniente para

²⁰⁶ Cabe mencionar que CASTANHEIRA NEVES afirmou que o princípio da oficialidade estendia-se ao Ministério Público na investigação preparatória e ao juiz, depois de formulada a acusação, quanto ao impulso dos procedimentos. (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. 30-34)

²⁰⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...* p. 34-43.

²⁰⁸ EDUARDO CORREIA, *Processo criminal...* p. -66-67.

²⁰⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 72.

o apuramento da verdade, permitindo-se ao juiz ordenar diligências que considerasse úteis ou indispensáveis, com base no material já apresentado pelas partes²¹⁰.

GUEDES VALENTE salienta que a estrutura atual do processo penal português consagra o princípio acusatório, mas não totalmente, já que uma fase do inquérito é presidida pelo Ministério Público, que investiga officiosamente (art. 267.º do CPPP).²¹¹ De acordo com sua perspectiva, apenas um processo penal de estrutura acusatória mitigado com o princípio da investigação pôde, já no séc. XX, concretizar as garantias processuais próprias de um Estado de direito democrático²¹².

De uma perspectiva constitucional, a estrutura acusatória portuguesa atual, inscrita no art. 32.º, número 5, primeira parte, da Constituição da República Portuguesa (CRP), significa o reconhecimento de que o arguido é um sujeito processual, garantindo-se a ele liberdade de atuação no exercício de sua defesa, frente a uma acusação que estabelece o objeto do processo e é elaborada por órgão independente do julgador, implicando a parificação da defesa e da acusação em todos os atos (tanto igualdade de meios de intervenção, quanto igualdade de armas). Opõe-se ao inquisitório, em que o tribunal é *dominus* do processo, intervindo *ex officio* quando assim entender, desde a própria formulação da acusação; nesse caso, o réu quase não tem direitos, sendo submetido a um tribunal orientado difusamente pela busca da verdade e pela defesa da sociedade²¹³.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, comentando o art. 32.º, número 5, da CRP, afirmam que o processo penal de tipo acusatório pressupõe uma acusação elaborada por órgão distinto do julgador, sendo ela condição e limite do caso penal: “a ‘densificação’ semântica da *estrutura acusatória* faz-se através da articulação de uma *dimensão material* (fases do processo) com uma *dimensão orgânico-subjetiva* (entidades competentes)”.²¹⁴ No plano material, isso significa uma distinção entre instrução, acusação e julgamento; no subjetivo, diferenciação do juiz de instrução do juiz julgador e deles do órgão acusador.

²¹⁰ Art. 40º, do Decreto 35.007, de 13 de outubro de 1945. “As diligências de prova serão efectuadas pela ordem mais conveniente para o apuramento da verdade. O juiz deverá indeferir, por despacho fundamentado, as diligências requeridas que não interessem à instrução do processo, ou sirvam apenas para protelar o seu andamento, e ordenará aquelas que considerar úteis ou se tenham mostrado indispensáveis.”

²¹¹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 75-76.

²¹² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo penal...* p. 62.

²¹³ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 359.

²¹⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 522.

Esses autores salientam, no entanto, que a estrutura acusatória “tem sido flexibilizada no sentido de nem sempre a acumulação de funções orgânica e subjectiva do juiz no processo penal pôr em causa esta mesma estrutura, devendo ter-se em conta a frequência, intensidade e relevância da intervenção do juiz em várias partes do processo”, como nas fases de inquérito e julgamento.²¹⁵

Quanto à força epistemológica do contraditório na formação da prova, GERMANO MARQUES DA SILVA propõe que se fale do contraditório mais como *método* que como *princípio*, já que ele é condição de regularidade do processo. Isso ressalta sua natureza instrumental para a reconstrução dos fatos. Considera-se que o contraditório é “o meio mais adequado a tutelar a função cognitiva do processo, numa razoável desconfiança com tudo o que se forma no segredo, às ocultas da defesa e do público em geral.” Essa desconfiança está pautada na ideia de que a prova declarativa se forma na interação do interrogante com o interrogado e é “difícil sustentar que as expectativas de quem procede à inquirição – expectativas que resultam da hipótese formulada para a investigação ou da convicção formada por outros indícios já recolhidos – não tenham influência sobre as declarações recolhidas; que aquele que conduz o diálogo permanece absolutamente estranho às respostas do inquirido, puro observador objectivo”. A crença da objetividade do inquiridor é, para ele, um dos erros fundamentais do sistema inquisitório.²¹⁶

O contraditório, assim, equilibra o influxo do interrogante, em sua parcialidade objetiva, com a parcialidade objetiva e a subjectiva do defensor, em um diálogo que é mantido sob o controle imparcial do juiz. Por isso, afirma MARQUES DA SILVA, o interrogatório não é limitado às partes, devendo ter a presença e a participação do juiz. Considera que, em matéria de prova, o contraditório é a tradução da imparcialidade jurisdicional. Não apenas o juiz deve ser imparcial, mas também o material probatório usado como base para a sentença. Por isso, não se pode admitir nem prova com base em declarações unilaterais, nem um juiz passivo, que apenas supervisionasse a regularidade formal da produção das provas. Se assim fosse, a decisão dos fatos não poderia aspirar à sua reconstrução, nem à verdade material, e seria reduzida às hipóteses das partes, que prevaleceriam pura e simplesmente pela retórica.²¹⁷ Assim, o contraditório impõe ao

²¹⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República...* p. 522.

²¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Produção e valoração...* p. 43.

²¹⁷ É interessante notar a conformidade dessa argumentação com o art. art. 204º, nº 1, do Estatuto do Ministério Público de Portugal: “constitui nulidade insuprível a falta de audiência do arguido com

legislador dois deveres: a disposição de meios técnicos idôneos para formar prova no contraditório e a irrelevância processual da prova fora do contraditório. MARQUES DA SILVA entende, ainda, que todas as provas devem ser lidas em audiência (inclusive a documental), sob pena de violação ao contraditório, entendido como condição de regularidade do processo, e não apenas como direito das partes, e também de infração ao princípio da publicidade (que se presta à fiscalização e ao controle da atividade jurisdicional).²¹⁸

De acordo com essa perspectiva, um modelo sem intervenção probatória do juiz – em que ele atuasse apenas como fiscal da regularidade dos procedimentos – seria possível apenas em um sistema processual com igualdade plena, e não meramente teórica, entre acusação e defesa. No entanto, MARQUES DA SILVA salienta que Portugal está longe disso, “nomeadamente pela falta de meios de defesa, sobretudo dos mais fracos”. Para ele, “nem em teoria a defesa dispõe de meios equivalentes à acusação para investigar as provas convenientes para a defesa”. Em um sistema que busca não apenas a paz jurídica, mas também a justiça – que exige a busca da verdade –, a decisão do juiz deve corresponder à sua própria convicção, que não seria plena em um modelo processual em que ele apenas averiguasse a regularidade formal das provas produzidas pelas partes.²¹⁹ Nessa perspectiva a livre convicção do juiz tem um papel fundamental como meio de descoberta da verdade, sendo limitada por regras da lógica, da ciência e da experiência e dependendo da devida fundamentação, em que conste “a análise crítica das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”. Assim, evita-se tanto a convicção judicial que não é baseada em provas, mas apenas em conjecturas, quanto a ciência privada do juiz, calcada em conhecimentos adquiridos fora do processo e fora das vestes de juiz.²²⁰

No processo português, a atuação oficiosa do juiz é supletiva ou suplementar. Como titular do *juspuniendi*, o Ministério Público tem o dever de produzir todas as provas que conduzem à verificação judiciária dos fatos alegados e de buscar destruir as provas que possam negar a existência do direito que embasa a acusação. O princípio da verdade material impõe ao juiz a obrigação de suprir omissões das partes na produção das provas. Disso resulta uma concepção de ônus da prova que não é puramente formal,

possibilidade de defesa e a omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade que ainda possam utilmente realizar-se”.

²¹⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, Produção e valoração... p. 43-45.

²¹⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, Produção e valoração... p. 46-47.

²²⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, Produção e valoração... p. 47-48.

conforme salientou EDUARDO CORREIA. Não é possível pensar que haveria uma plena transposição de ideia do ônus da prova material do processo civil para o processo penal, porque, no próprio funcionamento deste, o acusado é onerado desde logo com a obrigação de intervir em seu próprio interesse.²²¹

Por sua vez, o princípio da livre convicção no processo penal, segundo EDUARDO CORREIA, deve ser entendido apenas como o não aprisionamento do julgador a critérios preestabelecidos na lei para a formação de sua convicção, o que não o escusa de respeitar regras de experiência e critérios da lógica. O respeito a essas regras visa exatamente a validação da sentença perante seu auditório não-jurista, a sociedade e os afetados pela sentença, além de controlar racionalmente o conteúdo da sentença. Ainda assim, há limitações à livre convicção, como é o caso da presunção de validade de documentos autênticos ou autenticados, salvo prova de falsidade.²²² Trata-se de uma infiltração da ideia de uma prova com seu valor predeterminado pela lei. Isso demonstra as grandes complicações que enfrentam os autores que pretendem estabelecer uma linha rígida entre o sistema da prova legal e o sistema da prova livre. GERMANO MARQUES DA SILVA aponta, de todo modo, para uma orientação do CPPP atual no sentido de que “a livre convicção do julgador deve ser conjugada com as regras da experiência, acrescentando a proibição de valoração de provas que não tiverem sido produzidas ou praticadas em audiência” e exigindo uma decisão fundamentada de onde conste um exame crítico das provas que fundamentam a convicção expressa na sentença²²³

Uma consequência direta à situação processual do arguido também atribuída ao modelo acusatório é a inexistência de um dever seu de colaboração com a investigação, porque obrigá-lo a colaborar com a produção de provas seria o mesmo que forçá-lo, em muitos casos, a cooperar com sua própria incriminação, o que culminaria na possibilidade do uso de meios coercitivos, não admitidos de acordo com os marcos éticos do processo em um Estado de Direito²²⁴. Da desobrigação de colaboração decorre a proibição do uso de meios de prova desleais, como as perguntas sugestivas, o uso de detectores de mentira, a hipnose etc. Os meios de prova permitidos são os que estão na lei. Com isso, visa-se salvaguardar a esfera de intimidade do arguido, permitindo-se

²²¹ EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 24-27.

²²² EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 33-36.

²²³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Produção e valoração...* p. 40-41.

²²⁴ É importante notar, no entanto, que a ausência de dever de colaboração não compreende apenas o direito à não-autoincriminação, mas está inscrita em uma perspectiva mais ampla de tolerância com a preservação do segredo de consciência do réu.

exames intrusivos a essa esfera apenas quando eles se revelarem absolutamente indispensáveis.²²⁵

As construções teóricas doutrinárias e legislativas do processo acusatório não se isentam de críticas. No que se refere ao sistema do livre convencimento, CAVALLONE chama atenção para o fato de que os adversários do sistema da prova legal têm, muitas vezes, uma leitura romântica do livre convencimento, acreditando que este sistema é apto a abarcar, por si só, diversos critérios de razoabilidade, com a assimilação de questões epistemológicas, da lógica formal, da teoria da probabilidade, da ciência estatística e da metodologia da pesquisa empírica. Esse autor chama, ainda, atenção para o fato de que as regras pré-estabelecidas que orientam a convicção judicial, como as máximas da experiência, não podem se tornar taxativas, caso contrário, poderia haver uma adoção difusa de um sistema de prova legal. Os preceitos racionais que servem à formação do livre convencimento só podem ser utilizados se já fizeram parte da bagagem mental e intelectual do juiz. Para CAVALLONE, achar que se pode deduzir de princípios racionais regras que possam guiar os processos mentais em termos homogêneos é uma ilusão que se traduz numa concepção aritmética do juízo de fato, mais artificiosa até que a que se atribuiu equivocadamente, segundo a perspectiva dele, aos escritos sobre a prova legal²²⁶.

A mais conhecida tentativa de estabelecer critérios objetivos à convicção judicial com o recurso ao senso comum está nas máximas da experiência²²⁷. Conforme salienta TARUFFO, as máximas da experiência serviram para tornar a valoração da prova passível de ser submetida a um silogismo judiciário (“*silogizzabile*”). No entanto, o autor italiano alerta para o fato de que é desprovida de fundamento a ideia de que o senso comum poderia produzir regras idôneas a dotar a decisão de validade lógica. Só raramente o senso comum consegue se apresentar em regras plausíveis.²²⁸

Disso decorrem as dificuldades de se controlar o uso de noções de senso comum na valoração judicial. No que se refere à credibilidade das noções de senso comum, devem ser estabelecidas regras. TARUFFO considera que elas devem ser, no mínimo, três. Uma delas é a exigência de que o senso comum esteja amparado em noções atuais da cultura média em um lugar e tempo determinados. Somente noções que claramente

²²⁵ EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 38-41.

²²⁶ CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 974-975.

²²⁷ FRIEDRICH STEIN, *Das private Wissen des Richters*, 1893, que chegou na Itália através de CARNELLUTTI, *La prova civile. Parte generale*, 1915.

²²⁸ MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 559.

são um patrimônio da cultura média poderiam ser utilizadas sem justificção. Outra, é a regra de que as noções de senso comum perdem validade se forem falsificadas ou contraditas pelo conhecimento científico. A terceira regra estabelece que a noção de senso comum não deve ser contraditória a outra noção de senso comum. Como o senso comum é um repositório casual, e não conjunto sistemático, essa exigência é especialmente importante.²²⁹

Decidir sobre um fato implica escolher uma dentre as narrações possíveis ou levadas a juízo. Isso não é o mesmo que deduzir silogisticamente a verdade dessas narrativas a partir de uma premissa geral, mas individuar a melhor narração possível. O problema, aqui, é saber se existem critérios racionais para uma escolha desse gênero.²³⁰ TARUFFO afasta a tendência a se reconstruir o fato com base em arquétipos já conhecidos pelo risco de sobreposição da força persuasiva dela – é o caso dos casos jurídicos que são alvo de grande atenção midiática. A narração dos fatos escolhida deve ser não apenas persuasiva, mas sobretudo fundada sobre prova.²³¹

3.3. Juiz ativo e juiz inerte na produção da prova e a preservação da separação de funções

A discussão a respeito dos poderes instrutórios é tradicionalmente relegada à análise de dois grandes *modelos* ou *sistemas* processuais: o processo inquisitório e o processo de partes. Apenas no âmbito do primeiro modelo competem ao juiz “poderes de instrução primária”, ou seja, a possibilidade de investigar fora do processo fatos secundários dos quais pode depender a demonstração do fato principal. O processo penal acusatório está, junto com o civil e o administrativo, no ramo do processo de partes. Nesse modelo há duas alternativas. Ou o método *dispositivo*, de acordo com o qual o monopólio da iniciativa instrutória recai sobre as partes, ou o método *aquisitivo*, que consente com que o juiz produza fontes informativas de ofício. A contraposição entre os princípios dispositivo e inquisitivo foi, segundo CAVALLONE, inventada há dois séculos por NIKOLAUS THADDÄUS VON GÖNNER, com as expressões *Verhandlungsmaxime* e *Untersuchungsmaxime*. A elas são ligadas diversas ideias

²²⁹ MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 561-563.

²³⁰ MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 565.

²³¹ MICHELE TARUFFO, *Funzione...* p. 566.

políticas e ideológicas.²³² Portanto, considera-se que no modelo acusatório o juiz possui um poder secundário de instrução, subordinado-se ao que já foi alegado e ao que já foi provado pelas partes.²³³

Dessas noções advém a ideia geral de que, em um processo de partes, os poderes inquisitórios do juiz podem ser exercitados apenas para integrar a iniciativa probatória das partes, seguindo as *pistas probatórias* que elas deixam nos autos (segundo a expressão da *Corte Suprema di Cassazione* da Itália).²³⁴

Os processos penais acusatórios tendem a ser organizados tendo como pressupostos o princípio da oficialidade (que estabelece uma regra de monopólio do Estado na inauguração e na condução da persecução criminal) e o princípio acusatório, que diferencia o órgão julgador do acusador para que não seja afetada a imparcialidade e a objetividade do juiz e para que não se deixe o acusado ou arguido sem possibilidades defensivas no processo. Portanto, o tribunal não pode nunca iniciar o processo penal *ex officio* e deve se submeter, no exercício de suas atividades, aos limites da acusação formulada por órgão diferenciado.

Como já se antecipou, as características básicas do processo acusatório estão ligadas à inauguração e ao impulso oficial do processo. Elas têm um impacto decisivo no que se refere à imparcialidade do julgador. Um processo penal com juiz passivo na produção de provas, mas que permitisse que ele iniciasse o processo a partir de acusação própria, dificilmente teria um julgamento imparcial. A situação inversa, no entanto, não é tão clara. Caso um processo com acusação formulada por um acusador diferente do juiz e que mantivesse o juiz adstrito ao conteúdo da acusação permitisse a participação ativa do juiz na instrução probatória, preservaria a separação das funções em todos os seus momentos?

Cabe saber se o juiz, sobre quem recai o dever de julgar o caso, pode produzir provas com base no que foi exposto pela acusação. Afirmar que a atividade probatória do processo está conectada à busca da verdade material ou real implica um desprendimento das manifestações de vontade dos atores processuais e também tende à

²³² “E l’obsolenza di questi clichés è attualmente favorita, del resto, dela recorrente constatazione empirica che nessun sistema storico o vigente se è mai integralmente attestato sull’uno o sull’altro termine dela ricordata alternativa (rigorosamente adotando il ‘metodo dispositivo’ o il ‘metodo acquisitivo’), ma tutti hano finito o finiscono per realizzare qualche miscela, estendendo con maggiore o minore parsimonia i suddetti poteri integrative del giudice.”BRUNO CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 953.

²³³ BRUNO CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 952-953.

²³⁴ BRUNO CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura...* p. 953.

compreensão de que o juiz pode, ele mesmo, determinar a produção de provas que considerar relevantes para o esclarecimento do caso.

Em princípio, se o juiz está vinculado pelo conteúdo da acusação formal, sua atuação estaria restrita ao esclarecimento dos dados fáticos apresentados pela acusação. Não haveria espaço para que o juiz inovasse a acusação de ofício, mas apenas para que ele eventualmente modificasse a qualificação jurídica inicialmente proposta. Dessa disposição do processo, expressa pelos brocardos *ne procedat iudex ex officio* e *ne procedat iudex ultra petitum et extra petitum*, não decorrem regras probatórias claras. Não ficaria resolvida, de imediato, a questão de saber a quem caberia o ônus da prova, especialmente o ônus de provar os fatos narrados na acusação.

Em um processo sem uma solução clara quanto ao ônus da prova, a margem de disposição do juiz quanto no momento de produção das provas seria muito grande. Portanto, é necessário distribuir, inicialmente, o ônus da prova segundo a regra de que o encargo de provar recai sobre quem faz a alegação. Uma consequência direta dessa regra é a restrição dos poderes instrutórios do juiz. Se cabe às partes provarem o que afirmam, e, especialmente, ao acusador provar o conteúdo da imputação, os poderes de investigação do juiz tornam-se subsidiários aos das partes. Mas caso uma parte das alegações apresentadas não fosse provada, essa parte poderia ser investigada por iniciativa do juiz? Caso a defesa alegasse um fato contrário ao narrado na imputação e não o provasse, esse fato poderia ser investigado de ofício? Nesses casos, haveria uma invasão funcional do juiz na atividade das partes e, conseqüentemente, uma ruptura com o modelo acusatório de processo?

Se o juiz produz prova que caberia às partes provar, ele atua no domínio das partes. Se produz prova que a acusação deixou de produzir, invade seu espaço funcional. O mesmo valeria para a prova de fatos da defesa. PACELLI DE OLIVEIRA argumenta, no entanto, que, quando se vislumbra a possibilidade de demonstração da inocência do réu, o juiz poderia produzir provas de ofício. Esse raciocínio, para o autor, decorre da necessidade de realização de igualdade de partes em plano material, como exigência da igualdade de armas.²³⁵ Se, no entanto, trata-se de resolver dúvidas sobre material probatório produzido pelas partes, a qualidade do material produzido acaba por ser determinante na extensão da atividade probatória desempenhada pelo magistrado.

²³⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de processo...* p. 351.

Uma das características essenciais do tipo processual acusatório, que o distingue do modelo adversarial de *common law*, é a indisponibilidade da investigação dos fatos levados a juízo, em contraste com a sua disponibilidade naquele modelo. Essa noção tem importantes consequências. Uma delas é a minimização e até mesmo o repúdio do sistema acusatório pela negociação do resultado do processo. Uma das características mais importantes da indisponibilidade do objeto do processo diz respeito ao papel que o juiz deve assumir na verificação dos fatos no curso do processo.

O que impede uma maior aproximação do processo de tipo acusatório ao adversarial é a indisponibilidade do objeto daquele. Ela é firmada, em princípio, apenas através do princípio da oficialidade, que rege o início e a impulsão do processo. Mas a indisponibilidade também se manifesta na produção da prova, através do estabelecimento da ideia de que deve ser perseguida a verdade material a respeito do objeto. Disso, insere-se o princípio da investigação, inquisitivo ou da verdade real, que, em nome da indisponibilidade, atribui ao juiz poderes de investigação do fato. Resta a questão de saber se esse princípio é compatível com a estrutura acusatória, visto que seu uso pode fazer com que o juiz perca sua imparcialidade e objetividade, tendendo a obscurecer a distinção das atividades do princípio acusatório, na medida em que o juiz investiga para além dos limites da acusação.

Em princípio, a prova das alegações incube a quem as alega²³⁶. No entanto, ao se afirmar que o objeto do processo é indisponível, o resultado do conjunto probatório não poderia ficar totalmente à disposição dos interesses parciais do acusador e do defensor. Uma consequência direta da indisponibilidade do objeto do processo penal é a renúncia ao princípio dispositivo, geralmente válido na produção da prova em processos de natureza cível. Como já se teve oportunidade de mencionar, sob esse fundamento foi traçada a distinção jurídica entre princípio da verdade formal ou processual e princípio da verdade material ou real. No processo civil, em virtude da disponibilidade do seu objeto, admite-se limitações à cognição judicial considerando-se que há casos em que a cognição sobre os fatos não necessita de exaurimento aprofundado, quando isso não se mostrar como interesse das partes. Para a solução do litígio, basta a prevalência dos interesses das partes conforme demonstrados no curso do processo.

A antinomia teórica dessa perspectiva civilista é a indisponibilidade do objeto no processo penal. É importante frisar que esta é uma distinção jurídica ligada ao conteúdo

²³⁶ Ônus da prova, em sentido formal, “*Le devoir qu’ont les parties de produire les moyens de preuve des faits qui en ont besoin*”. EDUARDO CORREIA, *Les preuves...* p. 21.

dos fins pretendidos pela natureza do processo. Dizer que o objeto é indisponível supõe um aprofundamento da cognição judicial para além dos limites dos interesses imediatos das partes, mas isso não significa por si só, de modo algum, que haja qualquer alteração de ordem gnosiológica a respeito do tipo ou da natureza da verdade que se pode produzir no processo. A ênfase na verdade material, em detrimento da formal, diz respeito tão somente à extensão do exaurimento da apuração dos fatos. No processo civil, a apuração dos fatos limita-se, em regra, às provas colhidas pelas partes, nos limites da manifestação de vontade das partes. No processo penal, a cognição não está adstrita à manifestação de vontade dos atores processuais. O exemplo mais contundente dessa perspectiva é de que se o réu confessar a prática de um delito, sua alegação não assume o valor de fato incontroverso se houver dúvidas sobre a veracidade de suas alegações.²³⁷ Portanto, a investigação dos fatos no processo penal pode ocorrer em sentido contrário à manifestação de vontade dos envolvidos.

GUSTAVO BADARÓ considera que os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. “Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova.”²³⁸ Desse modo, “a imparcialidade do juiz não depende da sua passividade, mas do modo como exercita os seus poderes no caso concreto.” Nesse sentido, afirma que os principais modos de salvaguarda da imparcialidade do magistrado quanto à produção de provas oficiosamente são o contraditório (possibilidade de as partes se manifestarem e produzirem nova prova se for o caso) e a motivação das decisões.²³⁹ Os poderes instrutórios do juiz só representariam, assim, riscos à sua imparcialidade se o juiz se torna investigador que procura novas fontes de prova. No entanto, de acordo com sua perspectiva, se pelo contexto do processo o juiz tem notícia de uma fonte determinada,

²³⁷ Mesmo a legislação portuguesa, que admite que uma confissão – desde que integral e sem reservas – produza efeito de se considerar os fatos alegados como provados (art. 344.º, número 2, a, do CPPP), pode excetuar essa consequência se houver, por exemplo, dúvidas sobre a veracidade do fato que foi confessado (art. 344.º, número 3, b, do CPPP).

²³⁸ GUSTAVO BADARÓ, *Ônus da prova...* p. 83.

²³⁹ GUSTAVO BADARÓ, *Ônus da prova...* p. 84-85.

ele pode determinar a produção do meio de prova sem que haja quebra de sua imparcialidade²⁴⁰.

Na legislação brasileira atual, há um caso especial a ser considerado em relação aos poderes instrutórios do juiz. Com a edição da Lei 11.690 de 2008, seus poderes probatórios – historicamente circunscritos ao curso do processo – foram ampliados para a fase das investigações preliminares. A alteração da redação originária do art. 156 do CPPB²⁴¹, com a inclusão do inciso I, permite que o magistrado produza provas de ofício, de acordo com sua avaliação da urgência e da relevância da prova. Esse inciso confere ao juiz um verdadeiro poder investigativo sobre eventos que serão futuramente objeto do processo, antes mesmo da existência de um processo formalmente constituído de acordo com o princípio da acusação. Desse modo, favoreceu-se sua ciência privada, sua investigação independente da existência de acusação formal, e, conseqüentemente, o abandono de sua posição probatória subsidiária. É fácil perceber que um processo orientado de acordo com essas linhas perde sua feição acusatória, porque fragiliza a separação de funções entre os órgãos de acusação e julgamento e a reduz a uma separação de índole puramente formal. Um juiz que produz provas antes do processo, independentemente, da solicitação das partes, ajuda a construir a acusação e, desse modo, atua como acusador, na medida em que suas hipóteses sobre o evento materializam-se na hipótese acusatória. Se a hipótese acusatória é determinada pela atividade probatória prévia do juiz, ele perde imparcialidade e distanciamento em relação ao objeto do processo, na medida em que se vê inevitavelmente vinculado ao resultado do processo. Com o exercício da atividade de acusador pelo juiz, a audiência, o contraditório e os direitos de defesa reduzem-se a ritos e formas vazias, que serviriam apenas para dar um verniz de legitimidade ao resultado do processo.

Outro aspecto da legislação processual brasileira que chama atenção e que se torna alvo das mesmas críticas é a possibilidade de condução do inquérito policial por magistrados, caso haja suspeitas de prática de um crime por um magistrado. Esse é o teor do art. 33, parágrafo primeiro, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979

²⁴⁰ GUSTAVO BADARÓ, *Ônus da prova...* p. 119-120.

²⁴¹ A nova redação tem o seguinte teor: “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.”

²⁴². Neste caso, será o próprio órgão julgador o responsável pela investigação pré-processual, podendo formular a totalidade da hipótese acusatória, o que resulta em uma clara ruptura a uma ideia de processo acusatório, alinhado com o princípio da acusação ou da separação de funções. No entanto, esse artigo guarda diferenças importantes em relação ao art. 156 do CPP. Neste caso, trata-se da concentração de todas as etapas da repressão criminal nas mãos da mesma classe profissional a que o magistrado investigado pertence. A perda da posição de imparcialidade do juiz da causa ocorre por ausência de distanciamento institucional do órgão jurisdicional. Um alargamento dos poderes instrutórios do juiz pode, ainda, ser observado na possibilidade de que ele chame ao processo outras testemunhas, para além das arroladas pelas partes, quando considerar necessário,²⁴³ e a possibilidade de complementar a inquirição das testemunhas sobre pontos não esclarecidos. Neste último caso, que também é uma adição da Lei 11.690 de 2008, trata-se de saber se suas perguntas estariam restritas ao esclarecimento das perguntas feitas pelas partes ou se ele atuaria como um investigador comprometido em confirmar a hipótese acusatória. A legislação é omissa em relação à extensão desse poder de inquirição.²⁴⁴

Em todos esses casos, é difícil imaginar que não haja um comprometimento psicológico do juiz com a investigação ou com a hipótese acusatória, o que aponta para uma tendência de que ele passe a ter expectativas a respeito do resultado do processo. Nessas circunstâncias, sua imparcialidade e seu distanciamento no julgamento da causa entram em inevitável suspeita. De acordo com tudo o que foi exposto no capítulo dois e como afirma GERALDO PRADO, no que diz respeito ao processo penal condenatório, quando o sujeito tem uma noção certa daquilo que pretende encontrar, está-se diante de “uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do juiz”²⁴⁵.

²⁴² Conforme o artigo 33, parágrafo primeiro, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979: “Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

²⁴³ Art.209. “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”

²⁴⁴ “Art. 212. (...) Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

²⁴⁵ GERALDO PRADO, *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137. No mesmo sentido: “O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que ela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das

Esses claros espaços de invasão funcional, efetiva ou potencial, do julgador nas atividades do acusador tornam difícil a afirmação de que existe um processo de tipo específico no Brasil. De fato, há separação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento, mas na prática processual há sempre o risco de uma potencial invasão funcional. Pode-se dizer que existiria uma tendência em direção a um tipo acusatório, por conta das aquisições da CFRB de 1988²⁴⁶, mas a reforma de 2008 não foi conduzida univocamente nessa direção.

De todo modo, do ponto de vista do intérprete, a questão fundamental não é de saber se o processo está alinhado a um determinado modelo histórico ou teórico, mas sim de avaliar se são realizados os fins gerais do processo de acordo com o respeito aos postulados essenciais a um Estado de direito democrático, com reconhecimento do papel predicativo da verdade no processo e com o respeito a limites éticos e gnoseológicos que devem se refletir nas estruturas processuais. E também desse ponto de vista há ambiguidades. A invasão funcional do juiz no espaço de atuação do acusador resulta em um desalinhamento do processo com a imparcialidade do julgador, o que tem por consequência o esvaziamento dos mecanismos processuais responsáveis por estabelecer uma estrutura triádica de debate no processo. Disso decorre uma banalização dos direitos de defesa, o que tem por consequência a perda do controle epistêmico da instrução que o debate com a defesa poderia oferecer.

duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.” (GERALDO PRADO, *Sistema acusatório...* p. 141.)

²⁴⁶ Especialmente as constantes dos incisos do art. 5º, como, por exemplo, o LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e o LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A MODO DE CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE CONGRUÊNCIA ENTRE A INVESTIGAÇÃO *EX OFFICIO JUDICIS* E A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

O trabalho de análise ensaiado nesta investigação consistiu em tentar compreender os vínculos entre a noção de um processo penal que consagra um princípio de separação de funções e a permissão para que o magistrado produza provas de ofício. A integração entre os dois fatores é reconhecidamente possível, como demonstra a estrutura processual-penal portuguesa, sintetizada na fórmula de um *processo acusatório integrado pelo princípio da investigação*. No entanto, se essa perspectiva de integração não estiver estabelecida de modo claro, existe o risco de que o juiz realize atividades de função do órgão de acusação. É o que acontece com a legislação brasileira atual.

Para compreender como receitas aparentemente tão semelhantes podem resultar em produtos tão distintos, procurou-se explorar não apenas os sistemas e princípios processuais penais, mas também questões que estão inevitavelmente presentes em toda a investigação processual, como os limites éticos e gnoseológicos da investigação e os limites determinados pelas metas gerais do processo, especialmente pelo objetivo de esclarecimento da verdade sobre os fatos levados à apreciação judicial.

Assim como ocorreu no período de vigência das Ordenações do Reino de Portugal, o processo penal continua sendo um meio através do qual se pretende conhecer e verificar a alegação da prática de um delito para que ao final se extraiam consequências jurídicas de determinado tipo em relação a quem foi acusado de praticá-lo. No entanto, desde aqueles tempos até a atualidade, as técnicas de cognição judicial mudaram radicalmente. A confissão, que já foi considerada o meio de prova com maior aptidão para confirmar um fato, transformou-se em meio secundário, dispensável e, em certos casos, desprovido de qualquer valor. A alteração dessas técnicas foi acompanhada por uma mudança no papel do juiz na condução do processo. Seu poder de inaugurar de ofício o processo foi sensivelmente reduzido, até praticamente desaparecer, e o seu poder de investigar os fatos do processo foi objeto de um considerável declínio.

Essas mudanças não resultaram apenas de novos horizontes gnoseológicos, mas refletiram também uma radical mudança nos postulados éticos do processo penal. A necessidade de se obter a confissão, que autorizava a submissão do réu à tortura, foi

substituída por uma descrença quanto ao valor probatório da confissão, em virtude de uma desconfiança cognitiva a respeito da eficácia da tortura, que foi acompanhada da constatação de sua ilegitimidade em virtude da injustificável violência praticada contra o réu. O indivíduo acusado deixou de ser visto como fonte de prova à disposição do magistrado para se tornar sujeito de direitos de uma relação processual paritária.

Com essas modificações valorativas, a estrutura do processo se transformou, mas uma de suas principais finalidades de fundo continuou preservada. Tanto no período do *jus commune* quanto na atualidade, pretende-se *conhecer* o fato levado ao processo. Pretende-se, em síntese, esclarecer a verdade sobre a hipótese acusatória. Embora essa meta seja afirmada de modo uniforme em diversas legislações processuais, as compreensões sobre o seu significado não são sempre as mesmas e isso tem um impacto determinante nas dinâmicas probatórias. A resposta à questão *o que é a verdade?* é uma das grandes questões da Filosofia e há uma gama enorme de tentativas de resposta. De acordo com os modestos propósitos deste estudo, não se pretendeu dar uma resposta àquela pergunta, mas se ensaiou uma tentativa de desambiguação de seus usos no âmbito da atividade investigativa *lato sensu*.

Toda investigação é voltada ao esclarecimento de uma hipótese determinada e à formulação de um juízo de veracidade ou falsidade sobre ela. Portanto, a verdade, em âmbito investigativo, tem uma função predicativa, ou seja, de atribuição de um juízo de valor sobre um enunciado determinado. Com a confirmação do enunciado, através do uso de provas, obtêm-se um juízo de certeza, que corresponde a um processo exclusivamente mental de aglutinação entre o enunciado e um estado de coisas.

No caso do processo, a hipótese corresponde à descrição de um fato, que é um recorte linguístico de um evento. A eleição das características do evento que vão compor o fato é determinada pelos objetivos externos da investigação. Por isso, um historiador e um juiz descreveriam um evento de modos distintos, com atenção a diferentes circunstâncias. Desse modo, a meta de esclarecimento da verdade não tem apenas um caráter predicativo, como também é determinada por objetivos exteriores a ela mesma. No processo, ela se presta à produção de uma sentença materialmente correta para que se possa aplicar uma punição penal apenas a quem cometeu um delito.

Portanto, a desambiguação dos usos da noção de verdade proposta neste trabalho é a de fixar que no processo não se busca uma verdade indeterminada, visto que ela é um juízo sobre um enunciado, e que o esclarecimento da verdade é condicionado por objetivos exteriores a ele mesmo. Dessas compreensões decorre a impossibilidade de se

permitir que as práticas processuais permitam que o juiz realize uma livre investigação de uma verdade indeterminada e orientada por valores difusos. Tanto o enunciado a ser investigado quanto os valores que se pretende realizar através da investigação devem ser precisos.

É de acordo com essa perspectiva que as estruturas probatórias devem ser observadas. A discussão dos modelos processuais é útil para reconstruir o conjunto complexo de características que compõem o processo, mas ela não é um fim em si mesma²⁴⁷. O essencial, conforme foi estabelecido no decorrer deste estudo, é analisar as estruturas e as dinâmicas processuais de acordo com os valores éticos e gnoseológicos juridicamente admissíveis, conforme as finalidades gerais do processo penal, considerando o âmbito proposicional da finalidade de esclarecimento da verdade e o modelo de Estado de Direito democrático, que se pretende preservar.

A análise da relação entre os poderes de instrução do juiz e a separação de funções entre o acusador e o julgador é realizada, neste trabalho, de acordo com esse quadro. Assim, impõe-se a observação da interação entre o princípio da acusação e o princípio da investigação e a avaliação da repercussão dessa interação sobre a imparcialidade e o distanciamento do juiz em relação à causa. Se for possível ao juiz preservar sua imparcialidade e seu distanciamento na produção de provas de ofício, essa atividade é compatível com um processo de tipo acusatório, porque assim sua atuação não se confundirá com a do acusador, o que garante a preservação dos direitos de defesa e o controle epistêmico da investigação através do contraditório.

Para a preservação dessa imparcialidade, impõem-se diversos requisitos. A separação institucional entre acusação e julgador é o primeiro deles. Para que a iniciativa instrutória seja compatível com a noção geral de um princípio acusatório, é necessário que seja lançado um olhar para a atuação do juiz na *inauguração* e na *impulsão* do processo, mas também na *instrução* e na *valoração* do material probatório colhido. Além disso, é necessário observar o comportamento processual da acusação e da defesa. As partes têm que estar em posição paritária para que a intervenção

²⁴⁷ Como se afirmou amplamente, ela apresenta, inclusive, sérias limitações. A factibilidade histórica dos modelos não se encontra isenta de críticas. Em muitos casos, suas características são amplamente reconhecidas por uma longa tradição de citações de segunda mão que já não deixa mais traços que permitam que se trilhe os caminhos até sua origem. A fragilidade da contraposição do princípio da livre convicção motivada ao princípio da prova legal em relação à valoração da prova, que é amplamente reconhecida pela doutrina contemporânea, o demonstra. Isso aponta para o fato de que os modelos ideias são recursos argumentativos que podem acabar não sendo tão coerentes com uma proposta sistemática de processo penal quanto o uso deles pode fazer crer.

instrutória do juiz permaneça equidistante. Se houver comprometimento pessoal ou institucional com o resultado do processo, sua imparcialidade não está assegurada.

Na produção das provas, é necessário que o juiz apenas possa produzi-las com base no material probatório já apresentado pelas partes. Assim, ele não poderia investigar fatos alegados mas não provados, porque isso implicaria uma redistribuição e um desequilíbrio do ônus da prova, que seria tendencialmente desfavorável à sua imparcialidade. A submissão da prova colhida de ofício ao contraditório é, também, uma condição essencial de verificação e controle do exercício dos seus poderes probatórios, assim como também o é a motivação da valoração das provas na sentença.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes (Org.). *Ordenações Filipinas*. Rio de Janeiro, 1870.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Apontamentos sobre a autonomização do direito penal no ensino universitário português*. Direito e Justiça, separata do Volume II, Coimbra, 1981-1986

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 4. ed. 1. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, Mauro Fonseca de. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2013.

AROSÓ LINHARES, José Manuel. Regras de experiência e liberdade objectiva do júízo de prova, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento do vol. XXI, Coimbra, 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX subsídios para sua história. *Análise Social*. vol. XVI, nº 63, Lisboa, 1980.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Pavia: Stamperia di P. Bizzoni, 1817 [1764].

BERKELEY, George. *The principles of human knowledge*. In: The works of George Berkeley Bishop of Cloyne. Volume 2. Nedeln: Kraus Reprint, 1979.

CABRAL DE MONCADA. O processo perante a filosofia do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Suplemento XV. Coimbra, 1961.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos, *Revista do Ministério Público*, nº 114, abr-jun, 2008.

CASTELLO BRANCO, António de Azevedo. *Notice sur l'évolution Du droit penal portugais*. Lisboa: Imprimerie Nationale, 1888.

CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura dela prova. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. fasc. 3. Jul-set 2008. Milano: Giuffrè.

CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003

COING, Helmut. Das Recht als Element der europäischen Kultur. *Historische Zeitschrift*, 238-1, 1984.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963.

CORREIA, Eduardo. *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*. (Separata do Volume LIII do Boletim da Faculdade de Direito) v. 1. Coimbra, 1977.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios do processo penal brasileiro, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, 1998.

CUNHA, Antônio Geraldo da *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state law authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DÁ MESQUITA, Paulo. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 2. ed., Roma: Laterza, 1990.

FERREIRA, Manuel Lopes. *Pratica criminal expandida da forma da praxe observada neste nosso Reyno de Portugal. E illustrada com muitas Ordenações, Leys Extravagantes, Regimentos, Doutores e em quatro Tomos distribuída*. Lisboa, 1741.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. 1. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, jan-mar. 1998, Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manuel de. *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006.

FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manuel de. Traços da legislação penal pombalina. In: Jorge de Figueiredo Dias (Et. Al.), *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*, 1ª ed. revista e atualizada. Campinas, Bookseller, 1997.

GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Processo penal*. Tomo 1. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política no antigo regime. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra, 1986.

HESPANHA, António Manuel. Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 2, Lisboa, dez -1988.

LEITE, André Lamas. Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, v. III, 2006.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo 1. vol. b. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de processo penal*. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011.

MELLO FREIRE, Pascoal de. *Ensaio do Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. 2. ed. Lisboa, 1823 [1786].

MELLO FREIRE, Pascoal de. *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, 1792. [trad. de Miguel Pinto de Meneses, *Instituições de Direito Criminal Português*. BMJ, 156, 1966.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MONTEIRO, Fernando Conde. O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas). In: VV.AA. *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, Por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORTARI, Cezar; DUTRA, Luiz Henrique de Araújo (Comp.). *A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Alfred Tarski*. São Paulo: Unesp, 2006.

NEVES, António Castanheira. *Sumários de processo penal (1967-1968)*. Coimbra, 1968.

NICOLÁS, Juan; FRÁPOLLI, Maria. Teorias actuais de la verdad, *Diálogo filosófico*, nº38, mai-ago, 1997.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Lisboa, 1785.

PERELMAN, Chaïm. A prova em direito. In: PERELMAN, Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Regimento do Santo Officio da Inquisição dos Reinos de Portugal. Lisboa: Officina de Miguel Manescal da Costa, 1774. Livro 2, tit. 3, p. 54.

SECCO, António Luiz de Souza Henriques. Bibliographia do direito criminal portuguez, *Revista de Legislação*, 1871.

SECCO, António Luiz de Souza Henriques. *Da história do direito criminal portuguez desde os mais remotos tempos*. Lisboa, 1871.

TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

TAVARES, Pedro Vilas Boas. Da reforma à extinção: a inquisição perante as “luzes”, *Revista da Faculdade de Letras “Línguas e Literaturas”*. Porto, nº XIX, 2002.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l’humanité*. Londres, 1777.