



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 4 - Nº 01 - jan./abr. 2018

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1>

Dossiê “Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos”



IBRASPP

EXPEDIENTE

EDITORES-CHEFES

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ; FICS – São Paulo/SP; IBRASPP – Porto Alegre/RS)

EDITORES-ASSOCIADOS

Prof. Dr. André Machado Maya (FMP e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Badaró (USP – São Paulo/SP)

EDITORES-ASSISTENTES

Profa. Bruna Capparelli (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna /IT)

Prof. Me. Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS; FCG e FACSUL – Campo Grande/MS)

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Itália

Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Espanha

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Itália

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, Univerity of California, Estados Unidos

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguai, Uruguai

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Itália
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha
Prof. Dra. Vania Patané, Università degli Studi di Catania, Itália

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO)

Alexandre Morais da Rosa (UFSC - Florianópolis/SC)
Américo Bedê Freire Júnior (FDV - Vitória/ES)
Ana Claudia Cifali (PUCRS - Porto Alegre/RS)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)
André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/PT)
Antonio E. Ramires Santoro (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ)
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Uniceub - Brasília/DF)
Antonio Martínez Santos (Univ. Francisco de Vitoria - Madrid/Espanha)
Arthur Levy Brandão Kullo (Universidade de Coimbra/Portugal)
Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/Alemanha)
Camilla Marcondes Massaro (PUC - Campinas/SP)
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)
Décio Alonso Gomes (IBMEC – Rio de Janeiro/RJ)
Denise Provasi Vaz (UNIP - São Paulo/SP)
Eduardo Bruno Avellar Milhomens (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Fábio Ramazzini Bechara (Mackenzie - São Paulo/SP)
Fauzi Hassan Choukr (MPSP - São Paulo/SP)
Felipe da Silva Freitas (UnB - Brasília/DF)
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (UCS - Salvador/BA)
Fernanda Regina Vilares (GVLaw - São Paulo/SP)
Flavia Siqueira (UFMG - Belo Horizonte/MG)
Flávio Cardoso Pereira (MPGO - Goiânia/GO)
Flávio da Silva Andrade (UFMG - Belo Horizonte/MG)
Franklyn Roger Alves Silva (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)
Humberto Soares de Souza Santos (UERJ - Rio de Janeiro/RJ)
Janaina Roland Matida (Universitat de Girona/Espanha)
João Porto Silvério Júnior (UniRV - Rio Verde/GO)
José de Assis Santiago Neto (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Leandro Gornicki Nunes (UFPR - Curitiba/PR)
Leonardo Costa de Paula (CNEC - Rio de Janeiro/RJ)
Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid /ESP)

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC - Belo Horizonte/MG)
Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)
Manuel Monteiro Guedes Valente (Univ. Autónoma de Lisboa/Portugal)
Marcus Alan Gomes (UFPA - Belém/PA)
Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra/Portugal)
Matheus Herren Falivene de Sousa (USP - São Paulo/SP)
Michelle Girona Cabrera (PUCPR - Curitiba/PR)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e Unifor - Fortaleza/CE)
Priscilla Placha Sá (UFPR - Curitiba/PR)
Rafael Lima Ribeiro (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Raphael Boldt de Carvalho (FDV - Vitória/ES)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães (Unicuritiba - Curitiba/PR)
Soraia da Rosa Mendes (IDP - Brasília/DF)
Thiago Allisson Cardoso de Jesus (PUCRS - Porto Alegre/RS)
Thiago Bottino do Amaral (FGV - Rio de Janeiro/RJ)
Vinícius Diniz Monteiro de Barros (PUCMinas - Belo Horizonte/MG)
Walter Bittar (PUCPR - Londrina/PR)

AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO)

Ana Sánchez-Rubio (Universidad Pablo de Olavide – Sevilla/España)
Evandro Piza Duarte (Universidade de Brasília/DF)
Flaviane Baldasso (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS)
Francisco Ortêncio de Carvalho (Ministério Público do Estado de Pernambuco – Recife/PE)
Gabriela Ponte Carvalho (Universidade de Brasília/DF)
Gustavo Noronha Ávila (Centro de Ensino Superior de Maringá – Maringá/PR)
Isabela Aparecida de Menezes (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina/PR)
Jordi Ferrer Beltrán (Universitat de Girona/Espanha)
Juan Manuel Alcoceba Gil (Universidad Carlos III – Madri/Espanha)
Luiz Antonio Borri (Londrina/PR)
Michele Taruffo (Università degli Studi di Pavia – Italia)
Paolo Ferrua (Università degli Studi di Torino/Itália)
Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)
Rafael Fecury Nogueira (Universidade da Amazônia e FIBRA - Belém/PA)
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra/Portugal)
Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina/PR)

Sumário

9 *Editorial*

- 11 Editorial: Presente e futuro do controle por pares e da editoração científica no Direito – perspectivas a partir dos dados da RBDPP em 2017 e das visões de seus autores e avaliadores

Editorial: Present and future of peer review and scientific publishing in Law - perspectives from the Brazilian Journal of Criminal Procedure data in 2017 and the views of its authors and reviewers

Vinicius Gomes de Vasconcellos

- 25 Editorial: Instrumentos e práticas para a Ciência aberta no Direito processual penal – perplexidades e algumas possibilidades

Editorial: Instruments and practices for Open Science in Criminal Procedure – perplexities and some possibilities

Bruna Capparelli

Nereu José Giacomolli

41 *Dossiê: Prova Penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos*

- 43 Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”

Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”

Gustavo Badaró

- 81 La prova nel processo penale

Evidence in criminal procedure

A prova no processo penal

Paolo Ferrua

- 129 Ermeneutica, prova e decisione

Hermeneutics, evidence and judgment

Hermenêutica, prova e decisão

Michele Taruffo

- 149 Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência
A Minimalist and Garantistic Conception of the Presumption of Innocence
Jordi Ferrer Beltrán
- 183 Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria
The hazards of using probability and statistics like tools for legal assessment
Os perigos da probabilidade e da estatística como ferramentas para a valorção probatória-jurídica
Ana Sánchez-Rubio
- 215 Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica
Scientific standards as admissibility requirements for scientific evidence
Standards de cientificidade como critérios de admissibilidade da prova científica
Juan Manuel Alcoceba Gil
- 243 Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista
Burden of proof of the exclusions of unlawfulness in the criminal process and the necessity to break with its civil origin
Rafael Fecury Nogueira
- 277 A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro
Evidence chain of custody break and its effects in the Brazilian criminal proceeding
Isabela Aparecida de Menezes
Luiz Antonio Borri
Rafael Junior Soares
- 301 *Fundamentos de Direito Processual Penal***
- 303 As Abordagens Policiais e o Caso Miranda v. Arizona (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial
Police frisk/search and the Miranda v. Arizona (1966) case: institutional violence and the role of Constitutional Courts in assuring right to counsel during police investigation
Gabriela Ponte Carvalho
Evandro Piza Duarte

335 Persecução Penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

337 A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública

The absolute nullity by the non intervention of the public prosecution in essential acts of the public penal action

Francisco Ortêncio de Carvalho

369 Teoria da Prova Penal

371 A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

The Repercussion of the False Memories Syndrome in the Eyewitness Testimony: an Analysis of Decisions from the Rio Grande do Sul State Court

Flaviane Baldasso

Gustavo Noronha de Ávila

411 Execução Penal

413 O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa

The judicial control of criminal execution in Brazil: ambiguities and contradictions of a perverse relationship

Patrick Cacicedo

433 Processo Penal Internacional e Cooperacao Jurídica

435 Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu

The principle of proportionality and its application in the European arrest warrant

Túlio Felipe Xavier Januário

Editorial

Editorial: Presente e futuro do controle por pares e da editoração científica no Direito – perspectivas a partir dos dados da RBDPP em 2017 e das visões de seus autores e avaliadores

Editorial: Present and future of peer review and scientific publishing in Law - perspectives from the Brazilian Journal of Criminal Procedure data in 2017 and the views of its authors and reviewers

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Pós-doutorando na Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ

Doutor em Direito na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

Editor-chefe da RBDPP e editor-assistente da RBCCRIM

vgomesv@gmail.com

 lattes.cnpq.br/9628659956663949

 orcid.org/0000-0003-2020-5516

 publons.com/a/1174099/

RESUMO: A partir das estatísticas e projetos implementados na RBDPP e de dados obtidos em pesquisas realizadas com autores e avaliadores da revista, este editorial pretende analisar aspectos do controle por pares e do cenário da produção científica do Direito em periódicos. Nesse sentido, as informações apresentadas reforçam a importância de um projeto editorial pautado por seriedade, publicidade e transparência, com adoção de postura ativa pelos editores, valorização dos avaliadores, além de consolidação das rodadas de correções e do dever de resposta de autores.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; controle por pares; pesquisa com autores e avaliadores; questionário; produção científica.

ABSTRACT: *Based on the statistics and projects implemented in the Brazilian Journal of Criminal Procedure and data obtained from research conducted with authors and reviewers, this editorial intends to analyze aspects of peer review and the scenario of Law scientific production in journals. In this sense, the*

information presented reinforces the importance of an editorial project based on seriousness, publicity and transparency, with the adoption of an active posture by the editors, recognition of the reviewers, as well as consolidation of corrections rounds system and the authors' duty to respond to it.

KEY-WORDS: *editorial; peer review; research with authors and reviewers; questionnaire; scientific production.*

No ano de 2017, a RBDPP consolidou o seu projeto editorial com a publicação de três números, cada um com dossiê temático específico junto a artigos nas seções ordinárias do periódico, em conformidade com a proposta de reformulação e os editais de chamadas públicas divulgados em 2016. Os dados e estatísticas foram:

	V3N1	V3N2	V3N3	Total 2017
ARTIGOS RECEBIDOS	18	22	19	59
“ de doutores	5	10	7	22
“ do RS	0	1	3	4
“ autor vínc. estrangeiro	2	5	3	10
APROVADOS POR PARES	11	8	8	27
CONVIDADOS	1	1	2	4
PUBLICADOS	12	9	10	31
% exogenia artigos	100%	100%	80%	
% artigos com doutor	40%	88%	40%	
% artigos com vínc. estrangeiro	25%	33%	30%	
NA FILA P/ PRÓX. N°	1	3	0	
REJEITADOS	7	12	8	27
“ preliminarmente	3	7	4	14
“ pelos pares	4	5	4	13

	V3N1	V3N2	V3N3	Total 2017
Retirados pelos autores	0	0	1	1
MÉDIA APROVAÇÃO	0,61	0,36	0,42	0,45
PARECERES SOLICITADOS	44	50	52	146
sem retorno	4	7	7	18
pareceres recebidos	37	41	39	117
% exogenia avaliadores	94%	97%	96%	
redistribuição solicitada	3	2	6	11
MÉDIA RETORNO	0,84	0,82	0,75	0,80

Três dossiês foram publicados, sobre temáticas específicas, atuais e relevantes do direito processual penal sob a responsabilidade de editores-associados com produção e conhecimento nas respectivas áreas: “Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial”, “Investigação Preliminar, meios ocultos e novas tecnologias” e “Oralidade e Garantias Processuais Penais”.



Além disso, a revista obteve certificados importantes da qualidade e da integridade do processo editorial. O ingresso em sistemas como

DOAJ e Latindex (Catálogo) pressupõe o cumprimento de standards internacionais de editoração científica. Além disso, o cadastro de todos os artigos publicados em diretórios, bibliotecas e indexadores, como Google Scholar, Dialnet, IBCCRIM e Crossref (em razão da atribuição de DOI), possibilita a publicização da produção, ampliando, assim, o seu impacto.¹

Contudo, o que parece mais relevante após o encerramento desse ano é a afirmação de um *projeto editorial* pautado pelas premissas de seriedade, publicidade e transparência, que paulatinamente tende a se implementar na área do Direito.² Nesse sentido, três foram os pilares da proposta adotada: postura ativa de editores; valorização dos avaliadores; e consolidação das rodadas de correções e do dever de resposta de autores.

Durante o processo editorial, do recebimento da submissão até a publicação, o *editor* possui um papel fundamental na produção do conhecimento, que não pode ser somente burocrático e mecânico, mas que pressupõe atividade acadêmica consistente.³ Desde o controle preliminar, passando pela designação de avaliadores e controle dos pareceres, até a decisão editorial e o manejo das rodadas de correção, é necessário que o editor responsável tenha conhecimento científico específico sobre a temática e o método de estudo. Além disso, na RBDPP, o editor tem especial relevância ao também emitir um parecer sobre o artigo, com críticas próprias e a consolidação das avaliações anônimas, devendo, para isso, ler integralmente o trabalho em avaliação. Ao final de cada artigo

¹ Em discussão sobre impacto na produção científica de processo penal, ver: CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: a avaliação do impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal, p. 789-806.

² Vale ressaltar que há uma tendência de valorização da produção científica no Direito em periódicos científicos, com o objetivo de romper a “cultura de livros” anterior, exatamente em razão do maior rigor e seriedade do controle por pares de revistas científicas: “(...) a publicação em periódicos poderia levar a uma melhoria na qualidade científica do conhecimento produzido na área do Direito, uma vez que os periódicos passam por processos muito mais rigorosos de avaliação e controle de cientificidade” (SILVEIRA, Vladmir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do Direito, p. 158). Também se remete a: GALÍCIA, Caíque R. Editorial: O pesquisador e a pesquisa em ciências criminais na contemporaneidade, p. 769-787.

³ Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais, p. 9-17.

publicado, como medida de transparência, indica-se o/a/s editor/a/s responsáveis em “equipe envolvida”.

A postura ativa de editores não esvazia, mas valoriza o *controle por pares*, que, em um cenário de pouco reconhecimento (pelos próprios pesquisadores e pelos órgãos de fomento, como Capes), expõe a grande dificuldade de qualquer revista científica: conseguir pareceristas pontuais, interessados e competentes.⁴ Para buscar melhorar tal panorama, a RBDPP, além de enviar declarações da produção, publicou pareceres de destaque como “críticas científicas”, firmou parceria com o sistema Publons para certificar e reconhecer a atuação, destacou avaliadores de excelência com premiação e assegurou o feedback aos revisores, com o envio da decisão editorial sobre o artigo e os demais pareceres anônimos recebidos.

Para valorização do controle por pares e do processo editorial como um todo, medida indispensável é a consolidação da sistemática de *rodada(s) de correção(ões)*, com a fortificação do dever de motivação aos autores na carta-resposta aos pareceres. Sem dúvidas, autores não são obrigados a atender todas as sugestões ou modificar premissas e teses sustentadas, mas devem considerar todas as críticas e responder positivamente ou negativamente, justificando eventuais recusas. Esse é um ponto de tensão em uma cultura onde a crítica científica é muitas vezes pessoalizada e que se pensa que o trabalho do pesquisador se encerra com a submissão do artigo à revista.⁵

Para verificar a percepção de pesquisadores envolvidos com a revista sobre tais posturas, realizou-se *pesquisa voluntária*, com solicitação de preenchimento de questionário com perguntas abertas e fechadas. Assim, submeteu-se um formulário a todos os autores (e coautores) de artigos aprovados e rejeitados, e outro para os avaliadores que emitiram ao menos um parecer no ano.

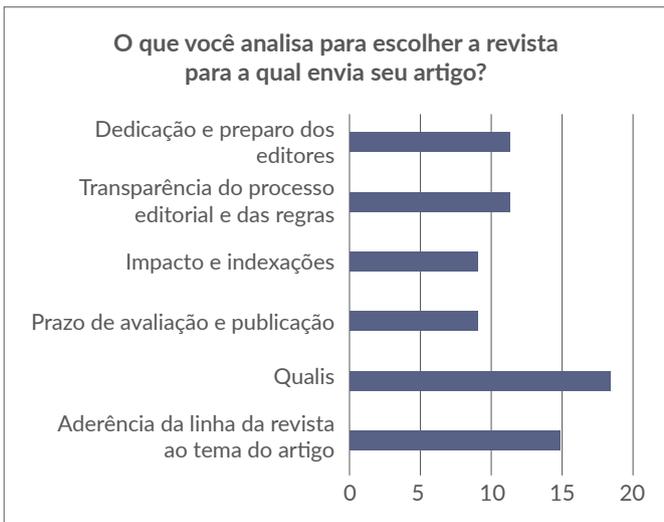
Com relação à pesquisa enviada aos autores, o questionário examinava a visão do pesquisador sobre o processo editorial de um modo amplo e sobre propostas futuras em relação ao controle por pares. A solicitação

⁴ Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: controle por pares e a função do revisor, p. 437-458.

⁵ Sobre isso: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada, p. 757-768.

foi enviada por e-mail para 63 autores, de artigos submetidos aos números da revista de 2017, aprovados e rejeitados, incluindo todos os escritores de artigos em coautoria. Tivemos retorno de 28 respostas, ou seja, 44% dos autores, dos quais a maioria obteve um resultado positivo na submissão.

Um primeiro ponto interessante diz respeito aos principais critérios que determinam a escolha do periódico ao qual o autor submeterá o trabalho. Conforme exposto, o primordial aos pesquisadores é o estrato Qualis que se encontra a revista. Embora justificável no cenário atual de cobrança por produtividade, tal informação idealmente não deve ser tão relevante neste momento, pois a avaliação realizada pelas comissões Qualis-Capes possui características que não recomendam a sua utilização em perspectiva distinta de sua estrita finalidade: avaliar os PPGs de um modo retroativo.⁶ Por exemplo, o estrato Qualis divulgado em 2017 diz respeito às produções do quadriênio 2013-2016, de modo que as publicações posteriores serão submetidas a nova avaliação e serão valoradas a partir do estrato divulgado posteriormente. Portanto, é muito mais importante confiar no projeto editorial e na equipe de editores da revista (que assegurarão a continuidade da sua excelência) do que considerar cegamente o estrato Qualis atual do periódico.



⁶ BARATA, Rita C. B. Dez coisas que você deveria saber sobre o Qualis, p. 17.



Outro dado relevante, diante das inovações do projeto editorial da RBDPP, é a satisfação dos pesquisadores. Conforme exposto acima, a quase totalidade dos pesquisadores ficou satisfeita com o processo editorial da RBDPP. Além disso, todos os 28 autores consideraram o prazo até o envio da decisão editorial razoável, entre os quais 32% destacaram que a resposta foi “muito rápida”. Com relação aos pareceres recebidos, 75% dos autores ficaram totalmente satisfeitos, 21% parcialmente satisfeitos e 4% insatisfeitos. A partir disso, 82% afirmaram que o artigo foi aprimorado ao longo da(s) rodada(s) de correções.

Uma das principais premissas da RBDPP é a adoção de um processo editorial consistente e rigoroso, que almeja apresentar o máximo de críticas e sugestões ao autor nos pareceres enviados. Vale ressaltar que a adoção de uma postura ativa para valorização do controle por pares e das rodadas de correções não acarreta intromissão na liberdade de pensamento e expressão dos autores, pois é plenamente aceitável que ocorram eventuais recusas às críticas e sugestões, as quais devem ser justificadas. Como regra, a equipe editorial não insistirá em modificações de conteúdo, as quais almejam, na realidade, que o autor problematize e fortifique as suas próprias posições, e não altere sua visão.

Entre os pesquisadores que submeteram artigos para a RBDPP, a grande maioria (24 dos 28 autores) expressou visão positiva em relação à postura adotada pela equipe editorial no controle por pares, afirmando que “as rodadas de correções e o dever de resposta do autor a todos os pareceres” é “uma medida fundamental para o processo editorial” e “uma condição para valorização do trabalho dos

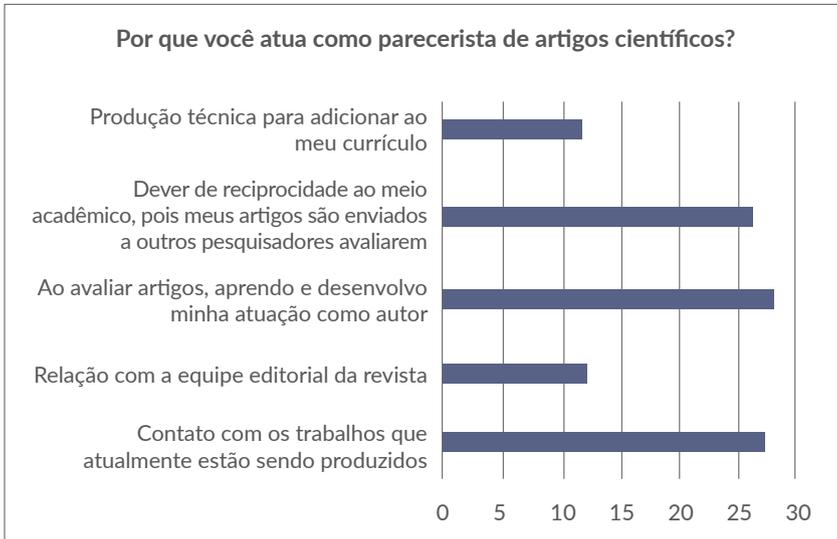
avaliadores”.⁷ Sem dúvidas, a crítica respeitosa e bem fundamentada, ainda que dura, é um sinal de valorização e reconhecimento ao trabalho, pois somente é capaz de opor uma crítica consistente aquele leitor que leu e pensou com dedicação sobre a tese sustentada pelo autor.

Posteriormente, em relação à pesquisa enviada aos pareceristas, o questionário examinava a visão do pesquisador sobre o processo editorial de um modo amplo e a sua atuação como avaliador no sistema de controle por pares. A solicitação foi enviada por e-mail para 67 revisores ativos em 2017, que finalizaram ao menos um parecer referente aos números da revista no ano. Tivemos retorno de 44 respostas, ou seja, 66% dos avaliadores.

Ao todo foram emitidos 117 pareceres, uma média de 1,75 por avaliador ativo da RBDPP em 2017. Considerando que 40 artigos passaram por controle por pares, a média de pareceres por artigo foi 2,92, ou seja, como regra, quase todos os artigos foram avaliados por três revisores externos. Um primeiro dado interessante diz respeito aos motivos que levam o pesquisador a atuar como parecerista de revistas científicas:⁸

⁷ Em pesquisa realizada por meio de entrevista a 2004 avaliadores, 74% dos revisores afirmaram que o controle por pares acarreta efetivo aprimoramento aos artigos científicos e 82% concordou com a frase “sem revisão por pares não há controle sobre a comunicação científica” (WARE, Mark. *Peer review survey 2015*, p. 10) (tradução livre). De modo semelhante, na pesquisa de 2009: WARE, Mark. *Peer review*, p. 14.

⁸ Em pesquisas realizadas, apontou-se que os principais motivos eram: “fazer a sua parte na comunidade acadêmica”, “apreciar ajudar no aprimoramento dos artigos”, “gostar de ter contato com os estudos antes de sua publicação” (ou seja, conhecer o que está sendo produzido nas pesquisas de ponta antes da divulgação ampla) e “retribuir as avaliações feitas por outros pareceristas aos próprios trabalhos” (WARE, Mark. *Peer review*, p. 8) (tradução livre). Assim também em pesquisa mais recente: WARE, Mark. *Peer review survey 2015*, p. 36. Em estudo com avaliadores brasileiros: SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração, p. 410-413.



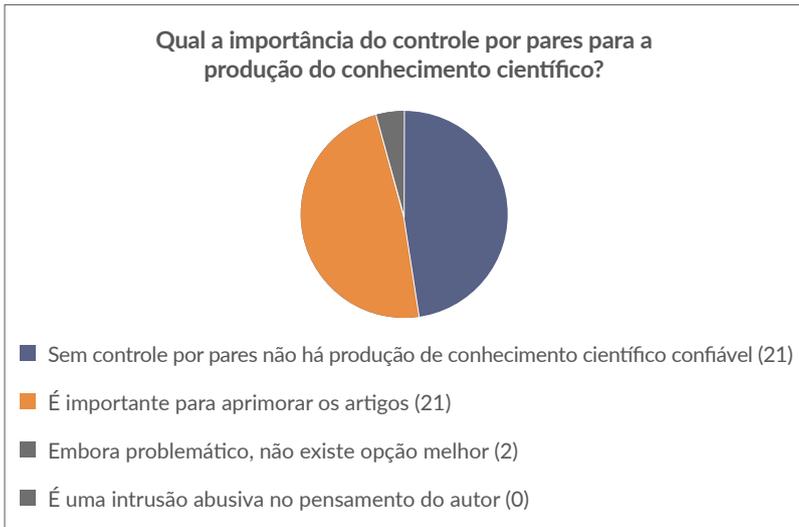
Com relação ao prazo de 15 dias que normalmente é indicado para finalização das avaliações, 82% dos pareceristas consideraram razoável para a tarefa. Conforme indicado nos questionários, em regra, o processo de avaliação de um artigo demora entre 2 a 4 horas.⁹ Em média, os revisores da RBDPP atuam nessa função em 2 a 4 revistas científicas, mas há casos de pesquisadores que afirmaram vinculação com dez ou mais periódicos. Assim, apontaram que emitem, em média, 4 a 6 pareceres por ano, com pesquisadores que informaram produzir mais de 10 ou 20 pareceres por ano.

Para *reconhecimento* da atuação dos pareceristas, a parceria com o sistema Publons foi produtiva e bem recebida, pois 39 avaliadores realizaram cadastro e reconheceram 54 pareceres. Questionados sobre sugestões para maior valorização dos revisores, três apontaram a recomendação de remuneração pela produção. Certamente, medida primordial é a valorização de tal atuação pela própria Capes em seus mecanismos de avaliação. Um ponto diferencial da RBDPP foi muito

⁹ Expondo, por meio de pesquisa empírica, que a média é 5 horas: WARE, Mark. *Peer review survey 2015*, p. 34.

bem considerado pelos avaliadores: o envio da decisão editorial e dos demais pareceres, após a finalização do processo editorial; pois 94% dos revisores afirmaram que leram tal feedback e que isso ajudará no aprimoramento de futuras avaliações.

Considerando a visão dos pareceristas, o sistema de controle por pares em periódicos científicos é fundamental e positivo, sendo que nenhum o considerou uma intrusão abusiva no pensamento do autor:



Por fim, com relação ao *sistema de controle por pares e o anonimato* entre os envolvidos no processo editorial, as visões foram distintas. Na visão de autores, por uma pequena margem, a maioria considera que a adoção de um modelo aberto, em que revisores tenham conhecimento da identidade dos escritores dos artigos, seria prejudicial à imparcialidade da avaliação, mas quantidade razoável considera tal medida positiva para a publicidade do processo.¹⁰ Já na visão de pareceristas, a maioria

¹⁰ Dos 28 pesquisadores que responderam o questionário, 14 apontaram que a identificação de autoria fragiliza a imparcialidade da avaliação, 13 afirmaram que isso seria positivo para a publicidade do sistema e 1 ficou em dúvida, sem opinar.

(64%) mostrou-se tendente a aceitar e incentivar um sistema aberto, com a divulgação dos nomes dos avaliadores aos autores dos artigos. Tal cenário indica a possibilidade de adoção de sistemática “mista”, em que o controle por pares inicialmente se realizaria de modo duplo-cego (sem identificação de autores e avaliadores), mas, após a finalização do processo editorial, seria realizada a divulgação das identificações dos pareceristas, especialmente dos artigos aprovados e publicados (o que permitiria, inclusive, a publicação dos pareceres juntamente ao artigo analisado).¹¹

REFERÊNCIAS

BARATA, Rita C. B. Dez coisas que você deveria saber sobre o Qualis. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v. 13, n. 30, p. 13-40, jan./abr. 2016. <https://doi.org/10.21713/2358-2332.2016.v13.947>

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: a avaliação do impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 789-806, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.108>

GALÍCIA, Caíque R. Editorial: O pesquisador e a pesquisa em ciências criminais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 769-787, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.100>

SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v.13, n. 31, p. 399-428, mai./ago. 2016. <https://doi.org/10.21713/2358-2332.2016.v13.960>

SILVEIRA, Vladimir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do Direito: o desafio da superação da cultura dos livros. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 157-172, dez. 2016. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2016.17961>

¹¹ Uma opção seria publicar os pareceres junto aos artigos aprovados e questionar aos respectivos avaliadores se autorizam a divulgação de sua identificação, apontando a autoria daqueles que autorizarem. Assim, seria possível reconhecer e certificar a produção daqueles que desejarem e, ao mesmo tempo, manter o sigilo para quem assim preferir.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.70>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.101>

WARE, Mark. *Peer review: benefits, perceptions and alternatives*. London: Publishing Research Consortium, 2009. Disponível em: <<http://publishingresearchconsortium.com/index.php/prc-documents/prc-research-projects/35-prc-summary-4-ware-final-1/file>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

WARE, Mark. *Peer review survey 2015*. London: Publishing Research Consortium, 2016. Disponível em: <<http://publishingresearchconsortium.com/index.php/prc-documents/prc-research-projects/57-prc-peer-review-survey-2015/file>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço a Daniel Leonhardt pela leitura crítica do texto, com indicação de correções e sugestões.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Presente e futuro do controle por pares e da editoração científica no Direito – perspectivas a partir dos dados da RBDPP em 2017 e das visões de seus autores e avaliadores. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 11-23, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.132>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Editorial: Instrumentos e práticas para a Ciência aberta no Direito processual penal – perplexidades e algumas possibilidades

*Editorial: Instruments and practices for Open Science in
Criminal Procedure – perplexities and some possibilities*

Bruna Capparelli

PhD candidate *em Direito Processual Penal na Alma Mater Studiorum –
Università di Bologna, em cotutela com a PUCRS*

Editora-assistente da RBDPP

bruna.capparelli2@unibo.it

 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

Nereu José Giacomolli

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madri

Editor-chefe da RBDPP

Professor titular de Direito Processual Penal na PUCRS

nereu@giacomolli.com

 lattes.cnpq.br/5969235847033808

 <http://orcid.org/0000-0003-1753-0334>

RESUMO: O presente editorial traça uma reflexão sobre as intersecções e sobreposições de noções e interpretações do conceito de atribuição científica, *open data* e ciência aberta no Direito processual penal. Partindo da premissa de que a divulgação pública de dados e estatísticas em acesso aberto representa tanto uma garantia em relação à qualidade e seriedade da informação, como uma economia de tempo e recursos para as pesquisas científicas, neste editorial a atenção é concentrada sobre os critérios à *disposição da comunidade científica* para a validação da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; acesso de dados; validação da pesquisa; processo penal.

ABSTRACT: *The present editorial draws a reflection on the intersections and overlaps of notions and interpretations of the concept of scientific assignment, open data and open science in Criminal Procedure. Based on the premise that the public disclosure of data and statistics in open access represents both a guarantee regarding the quality and seriousness of the information, and an economy of time and resources for scientific research, this editorial is focused on the criteria for willingness of the scientific community to validate the research.*

KEYWORDS: *editorial; research validation; open data; Criminal Procedure.*

Vivemos na era da informação e os dados estão assumindo um valor científico paulatinamente mais importante, muitas vezes superior em relação aos silogismos, uma vez considerados essenciais. E nessa era da informação, o imenso patrimônio dos dados detidos pelas repartições públicas pode ser colocado à disposição de todos: cidadãos, estudiosos, pesquisadores, instituições, oferecendo uma imagem da sociedade real, provavelmente não estudada nos livros, mas não por isso menos importante ou menos útil aos fins da pesquisa. É suficiente consultar velhos registros para compreender as alterações substanciais que ocorreram na mentalidade e o modo de pesquisar. Registros, aparentemente áridos e sem finalidades, permitem recavar dados precisos para compreender a evolução da sociedade, do direito, da jurisprudência e das tendências doutrinárias.

O conjunto de dados armazenados em todas as esferas institucionais, criados e mantidos com recursos públicos, não devem permanecer relegados nos gabinetes e colocados à disposição somente esporadicamente, sob discricionariedade dos funcionários, mas devem ser acessíveis para toda pessoa que tenha um interesse em utilizá-los. Naturalmente, evitando-se divulgar dados pessoais, ou seja, oferecendo-se dados abertos suficientemente anônimos.

Os entes públicos, partindo das prefeituras até chegar nas Instituições europeias, recolhem dados de todos os tipos. Somente para citar alguns exemplos de uma lista quase infinita, limitada somente pela fantasia: existem dados sobre a proteção dos menores de dezoito anos, informações sobre índices de criminalidade, fluxos de justiça civil e penal, catálogos da superpopulação carcerária, etc. Os dados contidos

nos arquivos públicos podem ser imperfeitos, incompletos, mas são de qualquer forma dados oficiais, sobre os quais se fundam as escolhas do Estado, que, por sua vez, são embasadas cada vez mais com algoritmos econômicos elaborados segundo regras estatísticas¹, e sempre menos em consideração das necessidades de tutela dos direitos².

Observa-se que o Estado e a lei são hoje superados por uma gestão política da justiça baseada essencialmente nas necessidades econômicas muito mais do que orientados em favor das necessidades sociais. Estes algoritmos, para poder funcionar eficazmente, necessitam ser continuamente alimentados com dados mais precisos, extensos e atualizados. Os dados públicos, embora frequentemente recolhidos de forma desordenada, redundantes e não coordenados, representam um conjunto de informações fundamentais, constitutivas de uma base para o início de qualquer pesquisa e projeto sérios e consistentes. Certamente os dados públicos não são perfeitos, e em alguns casos exatamente a sua natureza oficial os torna objeto de mistificação; pensamos, por exemplo, nos dados oficiais sobre a imigração, que, por definição não incluem os clandestinos.

Todavia, mesmo com a consciência de alguns limites intrínsecos e dos erros possíveis, com base em dados abertos oficiais, os pesquisadores partem de um elemento *standard*, publicamente verificável e não facilmente falsificável.

Embora não seja diretamente vinculada aos *open data*, no ordenamento italiano a Lei 7 de agosto de 1990, n. 241, intitulada *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, constitui uma pedra basilar da renovação administrativa, que marcou a reviravolta de uma administração pública (de agora em diante: AP) autárquica e autoritária à uma AP participativa e transparente. O cidadão não é mais aquele que apresenta um pedido e espera pacientemente que a AP responda, mas tem o direito de participar do procedimento, de acessar os autos, de apresentar observações. Contudo,

¹ Cfr. SUPIOT, ALAIN. *La gouvernance par les nombres Broch*, 2015, p. 23 s. e FAYOLLE, JACKY. *La gouvernance par les nombres est-elle la fin de l'histoire de la statistique?*, in <http://www.luxstat.lu/telechargements/JFayolle_ConfLux.pdf>. Acesso: dez. 2017.

² RAHNEMA, MAJID; ROBERT, JEAN. *La puissance des pauvres*, Poche, 2012, p. 47 s.

esta lei não prevê ainda a publicação periódica de dados específicos e permite o acesso somente se motivado por um legítimo interesse e não dirigido ao controle da AP, mas representou uma mudança fundamental, embora ainda hoje não completamente implementada em todos os escritórios da AP.

Por outro lado, o decreto legislativo de 7 de março de 2005, n. 82 (denominado *Codice dell'Amministrazione Digitale*, ou, simplesmente, CAD) é permeado pela vontade de favorecer a troca de dados e os *format* abertos. Em particular, nos sentidos do art. 68.3 CAD por *format* aberto se entende:

(a) um *format* de dados tornados públicos, documentados exaustivamente e neutros em relação aos instrumentos tecnológicos necessários para a fruição dos mesmos dados;

(b) dados disponíveis segundo os prazos de uma licença que permita o uso por parte de qualquer pessoa, até mesmo para finalidades comerciais, em forma desagregada;

(c) dados acessíveis através das tecnologias da informação e da comunicação, incluídas as redes telemáticas públicas e privadas, conforme a alínea a), adaptados ao uso automático por parte de programas elaboradores e com metadados incorporados;

(d) dados disponibilizados gratuitamente através de tecnologias da informação e da comunicação, ou com custos marginais sustentados para a reprodução e divulgação.

O decreto legislativo 14 de março de 2013, n. 33 (intitulado *Diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*) representa a primeira intervenção do estado central que obriga os *Comuni* a estruturar seus sites, pelo menos na secção dedicada à transparência segundo um esquema uniforme em toda a Itália. Esta abordagem não é somente finalizada a favorecer as pesquisas por parte dos estudiosos, como impõe o decreto legislativo citado acima, mas também a tornar os sites em verdadeiros maquinários *readable*³.

³ Embora na maioria das vezes a AP carregue no sistema simples digitalizações, anulando as intenções do legislador. Nesta mesma direção cfr. Diretiva 2013/37/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013,

Mesmo tratando-se de uma iniciativa privada, sem valor cogente em nível nacional e europeu, o *Statuto Internazionale degli Open Data* recolhe uma série de indicações e de declarações de princípio sobre os *open data*. A sua validade é garantida pela própria Agência para a Itália Digital (ou AgID), que, em suas linhas guias de 2016, menciona expressamente dito estatuto aos fins da difusão do conhecimento⁴.

Se todas estas normativas fossem regularmente aplicadas, na Itália e na Europa os dados sobre a administração da justiça seriam utilizáveis livremente. Todavia, falta ainda um esforço para criar uma predisposição de uma *forma mentis* aberta do pesquisador em relação ao uso dos *open data*, que conduza a uma utilização dos dados muito maior do que possa fazer um mero vínculo cogente para o patrimônio informativo, do momento que cada AP produz e detém dados de vital importância para o pesquisador.

Além disso, o fato que alguns dados tornarem-se públicos facilita a revisão e validação dos mesmos: a avaliação de um artigo antes de enviá-lo para ser impresso, seja por parte do comitê científico ou pelo *peer review*, frequentemente é dificultada porque os dados de partida e aqueles elaborados durante a pesquisa não são facilmente verificáveis. Portanto, ou a decisão é tomada na confiança e se avalia exclusivamente o método, ou devem ser empregadas grandes quantidades de recursos para percorrer novamente o caminho da colheita e análise, partindo dos dados de base até chegar às conclusões. Os *open data* representam, portanto,

segundo a qual os documentos produzidos pelos entes públicos dos estados membros constituem uma ampla bagagem de recursos diversificados e precisos em grau de favorecer a economia do conhecimento e o aprimoramento da pesquisa científica. Ver também o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que entrará em vigor em no dia 25 de maio de 2018. Dito Regulamento, como é notório, supera o atual código da *privacy* italiano, e, introduzindo a anonimização dos *open data* e prevenindo seja uma correlação direta com as pessoas, seja indireta através algoritmos e comparações, disciplinam explicitamente o tratamento dos dados para fins de pesquisa e análise estatística. Informações mais detalhadas encontram-se em: <http://www.dati.gov.it/sites/default/files/LG2016_0.pdf>. Acesso em: nov. 2017.

⁴ Na mesma direção cfr. as linhas guias europeias de licença *standard e dataset* disponíveis em: <<http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc id=6421>>. Acesso em: nov. 2017.

tanto uma garantia em relação à qualidade e seriedade da informação, como uma economia de tempo e recursos⁵.

Sobre a qualidade e a tipologia, disse-se que muitas vezes os *open data* são publicados em *format* pouco legíveis. Por esta razão, Tim Berners-Lee estudou um sistema de pontuação que classifica a fruibilidade dos *open data*⁶. Estes podem ser:

- (1) dados estruturados e codificados em formatos proprietários (como por exemplo um arquivo em *pdf*, uma imagem em *jpeg*);
- (2) dados estruturados, mas codificados em formato proprietário e por esta razão facilmente elaborados por qualquer aplicação informática;
- (3) dados estruturados em um formato não proprietário (por exemplo o formato CSV que pode ser aberto por qualquer software);
- (4) dados estruturados e codificados em formato não proprietário e dotados de um identificador único de recurso (*URI*), como por exemplo o denominado *Resource Description Framework (RDF)* que aplica ao dado um significado compartilhado (isto é: aquele dado tem o mesmo significado em qualquer língua, em qualquer País);
- (5) dados abertos coligados e outros conjuntos de dados abertos (*Linked data*).

Quanto à classificação por tipologia de *open data*, nas seções “Ciência” e “Estatística”, a Open Knowledge Foundation⁷ inclui a macrocategoria da justiça penal, com dados e produtos relativos à pesquisa científica, indicadores sociais e jurisdicionais.

Em relação às oportunidades, os *open data* disponíveis e corretamente administrados constituem um enorme patrimônio, cujos efeitos são positivos para muitas pesquisas, tanto em fornecer uma base aberta e completa na fase embrionária dos projetos, como para favorecer a verificabilidade dos resultados por parte daqueles que devem controlar a validade do método empregado, a congruência das conclusões alcançadas, além

⁵ Vejam-se, por exemplo <<https://www.data.gov/>>, criado nos USA em 2009; l’*open data* inglês www.data.gov.uk; o australiano <data.gov.au>; o canadense <data.gc.ca>; o europeu <http://data.europa.eu/euodp/it/home/> e por fim o índice geral mundial <<https://www.data.gov/open-gov/>>.

⁶ Ver: <<http://5stardata.info/en/>>. Acesso: set. 2017.

⁷ Disponível em: <<https://okfn.org/>>. Acesso em: set. 2017.

de correções de erros e anomalias em caso de resultados contraditórios. Trata-se de um círculo virtuoso não facilmente ativável, mas que, uma vez em operação, pode trazer à pesquisa enormes benefícios.

A Itália é provavelmente o país do mundo ocidental onde a obediência pelos certificados de excelência está modificando mais profundamente os comportamentos dos pesquisadores e das instituições. Com o exercício de avaliação ampla da pesquisa, denominado “avaliação da qualidade da pesquisa” (de agora em diante: VQR⁸), inaugurou-se uma fase de crescente controle centralizado, realizado através de dispositivos aparentemente técnicos. A tentativa de dar uma justificação científica aos métodos de avaliação adotados gerou um inédito conflito entre as dimensões política, científica e ética da pesquisa.

Uma nova correlação parece estabelecer-se entre instrumentos de avaliação e “cientificismo”. Por um lado, as técnicas bibliométricas tornam difíceis aquilo que na ciência mais conta: o espírito crítico, as ideias verdadeiramente originais, a abertura de novos espaços, necessariamente não consensuais. Por outro lado, cada vez mais acredita-se que a ciência coincida com a ocupação progressiva e completa da sociedade com os instrumentos que já existem. Desta forma, métodos de otimização, originais e pertinentes de governar a economia ao equilíbrio, individualizar a trajetória na pesquisa, guiar o “*deep learning*” sobre os Big Data.

Promessas mirabolantes são acompanhadas do uso de instrumentos consolidados, compreensíveis aos demais, de fácil sucesso bibliométrico a curto prazo e apresentados com palavras fascinantes: o percurso melhor, o único possível, em economia, na ciência, máquinas para o “*deep learning*” com ou sem supervisor e com recompensas, que invocam a criança pavloviana que aprende⁹. As muitas promessas garantem financiamentos bilionários, definem os projetos de “excelência”; porém, a dúvida científica, a incerteza, o “resultado negativo”, a crítica que explora outros pontos de vista, são excluídos. Assim, projetos riquíssimos conduzem a infinitas publicações e citações, através dos jogos de reenvio recíprocos que garantem novos financiamentos. E o cientificismo acredita

⁸ Ou seja, o acrônimo italiano de *Valutazione della qualità della ricerca*.

⁹ Cfr. também: SKINNER, Burrhus Frederic, *The science of learning and the art of teaching*. *Harvard Educational Review*, 1954, p. 86-97.

no progresso cumulativo da ciência, através de uma única via possível que conduz à verdade, indicada obviamente por quem detém o “pacote de maioria” e onde a bibliometria é a medida e o indicador do progresso.

Todavia, ignora-se um resultado difícil: uma visão profunda e nova requer dezenas de anos para serem compreendidas, assimiladas. Ao invés, o “*impact factor*” das revistas é calculado com base nos números das citações dos artigos nos dois anos que seguem a publicação¹⁰: com a bibliometria, as redes de computador são usadas para tornar o conhecimento de todos à disposição de todos, novidade fantástica de hoje, mas para normalizar, para pedir a todos que se adequem ao pensamento da maioria, para canalizar todos em direção à escola mais forte ou simplesmente à mais banal, ao sentido comum, à moda.

A avaliação deve ser atribuída a um grupo de pessoas, que mudam e que assumem a responsabilidade de compreender e julgar, de recolher a novidade, entre os limites humanos, não através de máquinas que contam.

Por outro lado, a ciência, entendida como construção ativa do saber científico, é frágil: e esta fragilidade é causada, em primeiro lugar, pelo fato de que o saber científico, e em particular o saber teórico, é cada vez mais contra o saber comum, sempre mais contrário à teoria dominante. É sempre um saber crítico, e isso a torna vulnerável, sobretudo em relação a uma ciência que tenha um forte lado teórico, como o Direito processual penal. De qualquer forma, dita premissa vale até mesmo para a ciência que se debata com uma experimentação. O resultado do matemático, por exemplo, quase sempre parte de uma insatisfação, do dizer “mas não é esse o teorema que teria que ser demonstrado, não é essa a estrutura que conta ou que é necessário inventar para trabalhar com este problema”.

Até mesmo no momento do detalhe, do trabalho quotidiano, ou diante do resultado modesto, existe esta insatisfação em relação ao estado da arte, e que é presente até mesmo em quem é concentrado em uma dimensão abstrata, teórica, que não tem acesso à contrapartida empírica (como no caso do estudioso de Direito processual), onde o querer

¹⁰ Para considerações menos sintéticas destas acima expostas, querendo, ver: CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: a avaliação do *impact Factor* na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 3, 2017, p. 789-806.

modificar a própria perspectiva é o motor principal da atividade. Existe sempre a sensação de que algo não está certo, de uma aparente desarmonia no pano de fundo: “não é este o raciocínio a ser seguido, mas um outro”.

Pensando aos longos tempos da história, na nossa cultura a raiz deste saber crítico já se manifestava em suas formas essenciais na “ágora” grega, onde pela primeira vez deu-se um espaço ao debate racional. Um debate que é político e democrático, e que desde aquela estreia seguirá tortuosos percursos na história ocidental, através de inúmeras passagens, até o comum renascimento e ao iluminismo. Em qualquer lugar existirá um espaço para a discussão e um espaço para o pensamento, em qualquer lugar pensamento e discussão abrirão o espaço do dissenso. Ali se encontrará pelo menos a sombra da ciência, porque é exatamente isto que conta para o saber científico.

Do dissenso poderá, por exemplo, nascer no Renascimento italiano a pergunta naturalista: pergunta-se como e porque aquelas asas permitem ao pássaro voar, ao invés de olhar a este certo pássaro somente como um símbolo, o sinal da metafísica, segundo uma hermenêutica representativa da salvação ou do pecado, da sorte boa ou má. E estes primeiros modos de se interrogar sobre a natureza se ampliaram e continuam em outros locais de debates: nas cidades, nas universidades, até chegar nas passagens nevralgias representadas pelas vivências de Giordano Bruno e Galileo Galilei.

Esta dificuldade, mas também esta força inventiva, ínsita no saber dizer “não” ao pensamento dominante e ao pensamento “de antes” são o coração da criatividade científica, do pensar diferente, que é sempre necessário na ciência como também na democracia. Será novamente necessário esperar o Iluminismo para encontrar um espaço ideal de debate que permitirá novamente reabrir a discussão. No século XIX, importante papel foi desempenhado pela Universidade pública, pela Universidade do Estado: nesta nova instituição será garantido o espaço para o debate, para o dissenso, e isto permitirá uma verdadeira explosão do pensamento científico.

Ademais, o ponto central é que este estreito vínculo entre ciência e democracia possui um entrelaçamento interativo. Se é verdade que o pensamento científico original e criativo sente a necessidade da respiração da democracia, do debate, da possibilidade de dissentar, para poder-se

difundir, o seu efeito se expande e retorna vivificando-a, até mesmo sobre a democracia. Isto porque, de fato, raciocinar sobre ciência ensina a discutir, ensina a ousar a pensar e desenvolver um raciocínio crítico. Exatamente aquilo que não é aceito e é temido por quem sustenta um pensamento totalitário.

Seja claro que o que conta nesta dúplice relação entre ciência e democracia não é a componente – que é de qualquer forma importante para a democracia – que se baseia na votação da maioria, o momento da consolidação envolta de uma maioria que em seguida constrói ou realiza um projeto de sociedade. Este é um dos elementos constitutivos da democracia, mas não é construção de uma maioria que conta para a ciência. Porque na relação entre ciência e democracia o que mais conta é exatamente aquele espaço-possibilidade do dissenso, do poder não estar todos de acordo, do poder sempre construir uma alternativa. É sempre um pequeno ou um grande não que constrói a novidade científica, a atividade de pesquisa que constrói aquilo que denominamos de progresso científico. Não existe outra forma para que se realize este progresso, se não através deste pequeno ou grande “não”, que pode ser local ou global, e que é manifestação intrínseca de cada passagem científica.

O não de frequentemente mudar o ponto de vista, como por exemplo, a abordagem Copérnico e da revolução copernicana: ver o sistema planetário do ponto de vista do sol, ou seja, mudar perspectiva. A perspectiva de Copérnico, observa Van Frassen ¹¹, provavelmente foi facilitada pela construção prospectiva na pintura italiana, que se difundiu na Europa, porque esta representou a construção de um ponto de vista. Caso afasta-se o ponto de fuga no quadro, modifica-se o ponto de vista na cena. Este será um ulterior elemento, que se une à possibilidade do debate na Europa renascentista, e ajudará Copérnico a ver o sistema solar a partir de outra dimensão, a partir da perspectiva do sol.

Desta forma, a contínua mistura de saber científico com um saber crítico, pode chegar por caminhos externos à técnica científica, como no caso da experiência do infinito na pintura, naquela complexa mistura de metafísica e de realismo, e livre de delimitações disciplinares típicas do Renascimento italiano.

¹¹ FRAASSEN, Bas, C., *L'immagine scientifica*, Bologna: Clueb, 1985, p. 50 s.

Postas essas premissas, não se quer sustentar, neste editorial, que na política não seja necessária a maioria e uma construção paritária. Obviamente estes são aspectos imprescindíveis à práxis, além de constituir a finalidade da qualquer atividade política. Porém, acredita-se que na ciência não é este o elemento central. De fato, é no espaço do dissenso – que pode ser construído até mesmo através ou dentro de um espaço de maioria – que se cria a novidade científica. Contudo, é exatamente isto que o neoliberalismo não tolera hoje: em qualquer lugar do mundo, é exatamente esta dinâmica crítica que é colocada em discussão e que produz o atrofiamiento do pensamento. E um mecanismo deste disciplinamento da força crítica é representado pela bibliometria, pelos métodos de avaliação automática da produção científica.

A bibliometria é uma técnica específica na qual as máquinas contam o número de citações de um determinado autor. Cada pesquisador, no currículo e em cada avaliação, trará consigo o valor numérico associado a esta nota de maioria da ciência. Este é exatamente o método técnico para impedir a possibilidade de um pequeno grupo ou de indivíduos singulares, que, no dissenso isolado, farão verdadeiramente a ciência. Mas a esta circunstância se adiciona uma sequência de prêmios, em particular para os jovens, o trabalhar em projetos, o fato de que se torne sempre mais difícil obter um local de trabalho certamente fixo.

Algumas universidades americanas estão abolindo a “*tenure*” (o lugar permanente): fazem-se contratos por cinco anos e, em seguida, se o pesquisador não traz dinheiro suficiente com projetos adequados, principal instrumento de avaliação, deve deixar o lugar para um outro. E isto se adiciona o querer tornar a qualquer custo a pesquisa competitiva, as equipes competitivas e os pesquisadores competitivos: onde, com relação ao que, com quais valores? Quase sempre será a bibliometria, a nota da maioria a premiar o competidor vencedor.

Contudo, aquilo que conta, e é muito difícil na pesquisa científica, é a colaboração. É muito difícil porque os pesquisadores mais capazes são muito seletivos na escolha dos colaboradores e em encontrar um diálogo. Mas quando se colabora o princípio fundamental é que em dois se pensa sempre muito mais que o dobro. Quando se colabora consegue-se fazer, por exemplo, atividades interdisciplinares: não é pensável que um só saiba muitas coisas, mas caso decida-se colaborar é possível criar aquilo

que mais conta: ou seja, criar um espaço de interdisciplinaridade no qual coexistem mais vozes, embora com dificuldades, mas inventando, graças ao trabalho comum e ao diálogo, estradas novas, entre as disciplinas, que é o quanto de mais fascinante exista no debate científico. Somente a liberdade crítica permite, todavia, a verdadeira audácia teórica, não somente técnica, exatamente da interdisciplinaridade.

Em suma, a construção do conhecimento científico, na história, é sempre relacionada a alguma forma de democracia. É necessária uma “ágora”, um local de debate, que permita o dissenso e, portanto, a exploração científica. A ciência é sempre um saber crítico, contrária ao sentido comum, que se constrói com e até mesmo contra o pensamento dominante. Inicia sempre de um “não, não é assim”, até mesmo sobre um fato, uma observação, uma ideia mínima. Certamente é indispensável uma escola de pensamento – não existe um pensador totalmente isolado – mas dentro desta, a novidade típica da ciência nasce através da reflexão de alguns que ousaram ir contra o pensamento dominante.

A ciência é sempre relacionada com aquele componente essencial da democracia que é a presença da minoria que pensa diferente: sem dúvidas a democracia é constituída pelo formar-se de uma maioria que “governa”, mas é também constituída pela presença do diferente. Por sua vez, a ciência necessita disto e, portanto, reforça a capacidade de explorar novas vias, de desenvolver um pensamento crítico, e, conseqüentemente, reforça a democracia.

Ao contrário, se cada vez que se faz uma avaliação cumprir-se-á contando com uma máquina as citações de todos os especialistas de um setor, impede-se o formar-se de um modo de ver diferente, de uma escola de minoria, futura maioria. É possível citar dezenas de empresas científicas fundamentais cujos textos fundadores foram repetidamente rejeitados e, em seguida, citados, retomados, desenvolvidos muitos anos depois. Mas é normal, é certo que seja assim: circulam muitas teses questionáveis e é necessária prudência antes de publicar, citar novidades surpreendentes. Porém caso transforma-se esta prudência ordinária em métrica de avaliação, a ciência finda por falir.

A tendência atual a enquadrar a pesquisa científica de qualquer setor como uma atividade fortemente competitiva para a obtenção de recursos econômicos e para o avanço profissional é justificada com base

na argumentação segundo a qual, diante de orçamento público limitado, as instituições que representam os cidadãos devem poder efetuar uma escolha o quanto mais informada possível dos entes e dos pesquisadores destinatários do dinheiro público.

Embora esse assunto possa ser compartilhado, este constitui o ponto de partida para a criação de um mecanismo que de fato propicie o objetivo que se pretende alcançar, qual seja, identificar a melhor pesquisa e os melhores pesquisadores e garantir o melhor retorno possível ao investimento público. De fato, não aprofundando o que se entenda por “melhores cientistas” e por “ciência mais promissora”, é fácil demonstrar como as políticas atuais, todas apoiadas no uso distorcido e em alguns casos absolutamente infundado de métricas de bibliometria, mais ou menos complexas, especialmente quando tais políticas seguem uma excessiva concentração dos recursos financeiros em poucos institutos e pesquisadores “excelentes”, produzem de fato uma profunda distorção das próprias finalidades da pesquisa científica, levando a um exponencial crescimento das publicações manipuladas e falsas. E porque estas, por sua vez, são utilizadas para a avaliação da pesquisa, gera-se um perigoso mecanismo de *feedback* positivo, com a catastrófica e previsível consequência de que todos os financiamentos são colocados na pior pesquisa.

Em relação às práticas de *open peer review*, termo que engloba as diferentes modalidades alternativas de revisão aberta entre pares, uma primeira reflexão a ser feita é sobre as melhorias que este método traz ao processo de revisão, tornando-o mais transparente. Mas como recolher uma massa crítica de contribuições que sejam suficientemente relevantes? A *open peer review* (de agora em diante: OPR) é realmente qualitativamente superior ao sistema de revisão tradicional (*single blind* ou *double blind*)?

Quanto ao primeiro problema, propõe-se como forma ótima de OPR não aquela de *open crowd review* (*open participation*) que é realizada após a publicação para recolher eventuais comentários ou sugestões, mas aquela baseada no convite a participar ao debate referido a um círculo selecionado de revisores.

Contudo, as diferentes formas de OPR não são, de fato, neutras em relação à comunidade científica, aos grupos de pesquisa, às tipologias (monografia ou artigo) e às modalidades de publicação (plataforma ou revista).

Quanto ao segundo problema, alguns estudos demonstram a superior qualidade da OPR¹².

A adoção da OPR na comunidade científica requer uma mudança de paradigma. A tecnologia e a ciência aberta estão favorecendo difusão de diferentes formas de OPR.

Graças à revisão paritária aberta a *peer review* reconquista o valor de serviço pelas comunidades de pesquisa e exalta o diálogo entre pesquisadores e as diferentes disciplinas. Em relação ao nexos com as normas da ciência a OPR facilita e acelera o reconhecimento público do trabalho do pesquisador. Ela adiciona ao reconhecimento do trabalho de pesquisa até mesmo o reconhecimento do trabalho dos revisores.

No mundo da ciência aberta as normas comunitárias de Merton da ciência recobrem vigor, embora imperfeitas¹³.

A OPR pode ser aplicada a todas as tipologias de resultados da pesquisa, aos artigos científicos, às propostas de projetos, aos *dataset*. Todavia, a partir de sua definição, ainda devem ser analisados os critérios e as modalidades para assegurar uma avaliação transparente e eficaz para o progresso da pesquisa científica. Isto se enquadra no âmbito da *Open Science* que recolhe a exigência de analisar as transformações estruturais e tecnológicas no sistema da comunicação científica hodierna.

É exatamente em tal contexto que os princípios de Merton – em particular aqueles de *communality* e *organized skepticism* – se tornam importantes pontos de referência¹⁴.

¹² KOWALCZUK, Maria K. et al., *Retrospective analysis of the quality of reports by author-suggested and non-author-suggested reviewers in journals operating on open or single-blind peer review models*. Disponível em: <<http://bmjopen.bmj.com/content/bmjopen/5/9/e008707.full.pdf>>, 2015, p. 3 s. Acesso: set. 2017.

¹³ Cfr. MERTON, Robert, K. *La pratica della ricerca. Frammenti dal taccuino di un sociologo*, Roma: Castelvecchi, ult. ed. org. por Sabetta, 2016, p. 15 s.; MERTON, Robert, K. *Teoria e struttura sociale. Volume III: Sociologia della conoscenza e sociologia della scienza*, Bologna: il Mulino, 2000, p. 67 s. e MERTON, Robert, K. *Sulle spalle dei giganti. Poscritto shandiano*, Bologna: il Mulino, 1991, p. 53 s.

¹⁴ Ver: MERTON, Robert, K. *La sociologia della scienza*, Milano: Franco Angeli, 1981, p. 33 s. e MERTON, Robert, K. *Teoria e struttura sociale. Volume I: teoria sociologica e ricerca empirica*, Bologna: il Mulino, 1974, p. 21 s.

BIBLIOGRAFIA

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: A avaliação do *Impact Factor* na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 789-806, set.-dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.108>

FAYOLLE, Jacky. *La gouvernance par les nombres est-elle la fin de l'histoire de la statistique?*, Disponível em: <<http://www.luxstat.lu/telechargements/JFayolleConfLux.pdf>>. Acesso: dez. 2017.

FRAASSEN, Bas C., *L'immagine scientifica*, Bologna: Clueb, 1985.

KOWALCZUK, Maria K. et al., *Retrospective analysis of the quality of reports by author-suggested and non-author-suggested reviewers in journals operating on open or single-blind peer review models*. Disponível em: <<http://bmjopen.bmj.com/content/bmjopen/5/9/e008707.full.pdf>>, 2015, p. 3 s. Acesso: set. 2017.

MERTON, Robert, K. *La pratica della ricerca. Frammenti dal taccuino di un sociologo*, Roma: Castelvecchi, ult. ed. org. por Sabetta, 2016.

MERTON, Robert, K. *Teoria e struttura sociale. Volume III: Sociologia della conoscenza e sociologia della scienza*, Bologna: il Mulino, 2000.

MERTON, Robert, K. *Sulle spalle dei giganti. Poscritto shandiano*, Bologna: il Mulino, 1991.

MERTON, Robert, K. *La sociologia della scienza*, Milano: Franco Angeli, 1981.

MERTON, Robert, K. *Teoria e struttura sociale. Volume I: teoria sociologica e ricerca empirica*, Bologna: il Mulino, 1974.

RAHNEMA, Majid; ROBERT, Jean. *La puissance des pauvres*, Poche, 2012.

SKINNER, Burrhus Frederic, The science of learning and the art of teaching. *Harvard Educational Review*, 1954, p. 86-97.

SUPIOT, Alain. *La gouvernance par les nombres Broch*, 2015.

Informações adicionais e declarações do autor (*integridade científica*)

Agradecimentos: Os autores agradecem os professores Vinicius Vasconcellos e Caíque Ribeiro Galícia pela atenta leitura e revisão do texto e pelas valiosas sugestões de melhorias trazidas ao editorial.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Bruna Capparelli:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, aprovação da versão final.
- *Nereu Giacomolli:* revisão crítica e complementação bibliográfica, redação, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: Instrumentos e práticas para a Ciência aberta no Direito processual penal - perplexidades e algumas possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 25-40, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.137>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Dossiê:
Prova Penal: fundamentos
epistemológicos e jurídicos

Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”

Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”

Gustavo Badaró¹

Professor associado na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

gustavobadaro@usp.br

 lattes.cnpq.br/9774291666409837

 orcid.org/0000-0002-4526-9316

RESUMO: Introduzindo a exposição sobre a temática do dossiê “Prova Penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”, este editorial expõe algumas premissas sobre o juízo fático e seu caráter epistemológico no processo penal, abordando questões como a busca pela verdade, os critérios de valoração, a admissibilidade de provas científicas e as teorias sobre juízos de probabilidade na valoração probatória.

PALAVRAS-CHAVE: Editorial; teoria da prova; epistemologia; valoração; decisão penal.

ABSTRACT: *Introducing the exposition on the subject of the dossier “Criminal Evidence: epistemological and juridical foundations”, this editorial exposes some premises on the judgment of evidences and its epistemological character in the criminal procedure, addressing questions such as the search for the truth, the criteria of valuation, the admissibility of scientific evidence and theories about probability judgments in statistical valuation.*

KEYWORDS: *Editorial; evidence theory; epistemology; judgment; penal decision.*

¹ Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho Científico do Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, do Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen – Alemanha.

1. OS JUÍZES NÃO JOGAM DADOS COM OS PROCESSOS!

Os juízes, podem jogar dados para decidir os processos? A resposta negativa parece óbvia.

O Juiz Bidoyer assim agiu, julgando de acordo com resultado dos dados, por mais de quarenta anos, sem jamais ter qualquer julgamento considerado equivocado. Então, ao se tornar ele próprio a parte a ser julgada, velho magistrado confessa, perante a Corte Suprema, que sempre decidia os processos lançando dados, sem nunca cometer erros, a não ser naquela última sentença que, por isso mesmo, foi objeto de apelação. Mesmo assim, o magistrado mantinha inabalável a convicção no seu método aleatório. Atribuiu, portanto, o erro do julgamento não aos dados ou à sorte, mas ao fato de que já não enxergava bem, e podia ter se equivocado ao tentar distinguir os números dos dados, tendo tomado um quatro por um cinco e, por isso, ter sentenciado errado.²

Se a sarcástica descrição dos julgamentos medievais não pode ser aceita no Poder Judiciário nos dias atuais, como deve ser estabelecida a disciplina da prova penal? O presente dossiê pretende analisar como a epistemologia pode ser o caminho para estabelecer o relacionamento entre prova e verdade no processo penal. Embora a prova judiciária seja um tema fundamental do direito, isso não significa que sua disciplina deva depender exclusivamente das escolhas do legislador. Como diz Susan Haack, “o direito está até o pescoço mergulhado na epistemologia”.³

No campo do direito, a doutrina nacional, salvo pouquíssimas exceções, tem analisado a teoria da prova exclusivamente sob o enfoque das normas.⁴ Estudam-se as regras sobre a prova, mas os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados. Esse

² RABELAIS, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006, cap. 39, p. 231-234.

³ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New: Prometheus Books, 2009, p. 362; HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014, p. 28.

⁴ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013. p. 11.

pouco interesse pela epistemologia pode ser explicado, em parte, por uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo quase que intuitivo, que, por meio das habilidades comumente desenvolvidas por todos nós, acabamos naturalmente sabendo como fazê-lo.

O que se verá nos artigos que seguem é uma tentativa de aproximar esses campos – jurídico e epistemológico – que não podem mais continuar separados para quem pretende um estudo sério sobre a prova no processo judicial. Antes, porém, de analisar as influências que a epistemologia pode ter no campo processual, com vistas à construção de um sistema racional de admissão, produção e valoração da prova, é preciso definir qual modelo processual que se está a considerar.

2. PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO ESTATAL

O processo penal, enquanto instrumento legal para a verificação de uma imputação em que atribui a alguém a prática de um fato definido como crime e, em caso de conclusão positiva, de imposição de uma sanção, é um fator de legitimação do sistema punitivo e, de forma mais ampla, do próprio exercício do poder.

A disciplina concreta dos institutos processuais, mais do que decorrência de simples escolhas técnicas, é fruto de uma opção politicamente orientada. As disciplinas dos elementos e requisitos de um ato processual, dos sujeitos legitimados a requerê-lo, da forma como deve ser praticado são, também, escolhas de valor.

O mecanismo processual é colocado em funcionamento para a verificação de uma imputação penal, isto é, uma atribuição de um fato concreto que seja subsumível a um tipo penal e configure crime a quem o tenha praticado ou para ele tenha concorrido. Se houve a comprovação dos fatos imputados, haverá a aplicação de uma regra de direito penal impositiva de sanção, punindo o autor do fato criminoso. Em caso negativo, ou na hipótese de dúvida sobre a imputação penal, o resultado será absolutório, com a manutenção do estado inicial de inocência do acusado.

É preciso que a decisão seja justa. E o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso sejam respeitados três fatores concorrentes: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica

dos fatos imputados;⁵ um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal. Em suma, uma decisão justa necessita do bom exercício de atividades epistêmica e hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal.⁶

Nesse sentido, vale remeter ao artigo “A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro”, publicado *neste dossiê* por Isabela Menezes, Luiz Borri e Rafael Soares. Em tal estudo, os autores analisam a questão da cadeia de custódia da prova, elemento fundamental para a produção probatória em respeito às regras do devido processo legal, para garantir sua confiabilidade e o exercício do contraditório pelas partes.

No ponto que interessa ao tema deste dossiê, o processo penal necessita de uma reconstrução histórica do fato. Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade,⁷ e se poderia continuar a decidir os processos por meio de ordálias, duelos, juramentos judiciais, lançando dados como fazia o juiz descrito por Rabelais, ou qualquer outro meio irracional. Tais métodos, embora irracionais, propiciam um resultado de modo mais rápido e menos custoso.

3. UMA PREMISA: A VERDADE NO PROCESSO PENAL

O tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la são demasiado amplos. Seria pretencioso, após milênios de discussões filosóficas, querer dizer qual a solução correta para tais problemas.

⁵ No sentido de que a verdade é condição necessária, mas não suficiente para a justiça das decisões, cf.: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

⁶ Segundo Michele Taruffo, a justiça de uma decisão está condicionada a um correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997, p. 319-320).

⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 138.

Portanto, o que se pretende é, tão-somente, estabelecer alguns conceitos, ou melhor, concepções, com as quais se pretende trabalhar.

Em análise de diversos pontos relacionados ao processo judicial e à valoração probatória, Michele Taruffo publica neste dossiê o artigo “Ermeneutica, prova e decisão”. Ao explorar questões sobre a construção de enunciados fáticos e a apresentação das provas, o autor debate sobre a importância da verdade no processo judicial.

Trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de se atingir um conceito verdadeiro. Não cabe tal cogitação para um “perfeccionista desiludido”⁸ ou aqueles que se deixam seduzir por o que Goldman denominou “verifobia”.⁹ Mais do que isso, uma perspectiva epistêmica da prova penal reclama uma concepção racionalista que, segundo Anderson, Schum e Twining, se assenta nos seguintes pontos: a epistemologia é cognitivista ao invés de cética; a teoria da verdade como correspondência é preferível que a teoria da verdade como coerência; o modelo de tomada de decisão deve ser racional; o modelo de raciocínio para tanto é o indutivo; a busca da verdade é um meio para a decisão justa, tendo um valor elevado, ainda que não insuperável.¹⁰

Todavia, reconhecer a importância de se buscar a verdade, entendida em um sentido correspondentista, não significa que uma verdade absoluta ou com v maiúsculo seja atingível ou, muito menos, que o acerto da verdade é o fim último do processo, em especial, do penal.

Contudo, é preciso esclarecer de que “verdade” se está falando. Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério

⁸ A expressão é de: TWINING, Willian. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 98.

⁹ GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social World*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 7.

¹⁰ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. trad. Flávia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 117.

de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos,¹¹ no caso, da imputação penal.

Embora se adote um conceito de *verdade como correspondência*, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma *relação conceitual ou de identidade absoluta*. Valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado “p está provado”. Não significa nem que “p é verdadeiro”, o que seria uma relação conceitual, nem que “p foi estabelecido pelo juiz”. Neste último caso, sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve se acrescentar a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica.¹²

Assim sendo, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa.¹³ Assim sendo, afirmar que “p está provado” denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova *suficientes* a favor de p, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de p ou quando eles forem *insuficientes*.¹⁴ Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos.

Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Como diz Ferrajoli “uma verdade objetivamente ou absolutamente certa é uma ‘ingenuidade epistemológica’”.¹⁵ Isso, contudo, não retira a importância de uma teoria

¹¹ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 78.

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prova e verità nel diritto*. trad. de Valentina Carnevale. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 69.

¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 23. Aliás, segundo Comoglio a impossibilidade de se atingir uma verdade “absoluta” é um assunto óbvio e banal (COMOGLIO, Luigi P. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1998, p. 13).

do conhecimento aplicada ao processo penal, com fundamento para que a decisão sobre a hipótese fática a ser adotada como verdadeira possa ser ignorada.

Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro.¹⁶ E, nesse sentido, como destaca Taruffo, é possível estabelecer “um conceito bastante claro de verdade judicial, como grau adequado de confirmação racional das afirmações sobre a verdade dos fatos”, sendo estranho a tal conceito “qualquer conotação absolutizante, mas também qualquer implicação cética sobre a possibilidade de obter um grau adequado de certeza sobre os fatos da causa”.¹⁷

Assim, se uma justiça penal “inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio”.¹⁸ Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.¹⁹

Por outro lado, essa verdade, com as limitações expostas acima, não é o escopo maior do processo, mas apenas um meio necessário para se poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.²⁰ Ou seja, se a descoberta da verdade é uma condição necessária para a justiça da decisão, certamente não é o único fim do processo.²¹

¹⁶ GAROFOLI, Vincenzo. Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile en-diadi in un processo virtualmente accusatorio. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio (orgs.). *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 50.

¹⁷ TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, a. 41, n. 2-3, p. 237-292, 1986. p. 250.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 18.

¹⁹ GÖSSEL, Kark Heinz. La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

²⁰ UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 7.

²¹ Nesse sentido: DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003. p. 175; HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009. p. 11.

A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.²²

Sendo o processo um mecanismo cognitivo, é preciso que as atividades processuais voltadas a investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final sejam, na máxima medida possível, voltadas para a descoberta da verdade. Em outras palavras, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico. Somente quando outros valores de maior relevância justificarem restrições legítimas à reconstrução dos fatos, como por exemplo, a vedação de obtenção de provas mediante tortura, é que se poderá aceitar que a busca da verdade fique em segundo plano.

Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso *retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal o que não significa desterrá-la*. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário.

4. O MITO DA OBJETIVIDADE CIENTÍFICA

A razão moderna, superando a concepção medieval, em que a verdade deveria ser encontrada na divindade, passa a compreender o mundo como um mecanismo em que tudo tem o seu lugar e pode ser compreendido e explicado a partir de leis da física e da matemática. Tem-se, assim, o período da objetividade científica.²³

²² UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 7.

²³ Uma manifestação desse modo de pensar, nas ciências jurídicas, pode ser encontrado em Pacoale Saraceno, ao afirmar que somente no campo da matemática e, mais genericamente, da lógica, se pode excluir a existência da dúvida, pois que dois mais dois são quatro e que a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa são afirmações que não se pode negar (SARACENO, Pacoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940. p. 268).

Todavia, mesmo no campo das ciências naturais, no início do século passado, descobertas científicas, no campo da física e da matemática, colocaram por terra o ideal de um modelo de conhecimento científico objetivo, fundado na causalidade.

A possibilidade de se atingir as verdades absolutas e imutáveis já havia sido contestada. Na dinâmica clássica e na física quântica “as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas. Temos não só leis, mas também eventos que não são dedutíveis das leis, mas atualizam as suas possibilidades”.²⁴ A mecânica quântica, como a teoria dualística ondulatória-corpúscular da luz, sepultou a objetividade.²⁵ Também podem ser citados o princípio da indeterminação, formulado por Heisenberg²⁶ e, no âmbito matemático, a prova de Gödel.²⁷ Por fim, a própria noção de espaço e tempo são postas em xeque, diante da teoria da relatividade de Einstein. Assim, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea que a ciência também está privada da certeza.²⁸

Logo, não seria exagero afirmar que, na investigação científica, tudo é apenas meramente provável. Porém, mesmo que trabalhemos com uma teoria probabilística, fundada numa representação do mundo que contemple processos físicos intrinsecamente aleatórios e sem uma

²⁴ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 13.

²⁵ Como explica Mario Bunge, “la representación habitual de la teoría de los quanta, tal como la han propuesto Bohr e Heisenberg, elimina a causalidad e lo que se refiere a los resultados de la observación, en el sentido de que una ‘misma’ situación física puede ser sucedida en forma impredecible por un gran número (usualmente infinito) de estados diferentes” (BUNGE, Mario. *Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. 3 ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1972, p. 26). Nesse sentido, na doutrina jurídica: IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 34.

²⁶ Segundo o princípio da indeterminação, não é possível determinar, ao mesmo tempo e com precisão, a posição e a velocidade de uma partícula atômica.

²⁷ UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 5.

²⁸ NEUBURGER, Luisella de Cataldo. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell’esperto. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 503.

certeza cientificamente objetiva, o operador do direito pode continuar trabalhando com os conceitos tradicionais de certeza e causalidade. Isso porque, na vida cotidiana, podemos confiar em leis que, se não são absolutas, são quase-universais, e permite resolver os problemas práticos “com certeza praticamente absoluta”.²⁹

A vigência de leis apenas probabilísticas, no campo subatômico, de um lado; e a teoria da relatividade, que torna inaplicável as tradicionais noções causais em dimensões cósmicas, de outro, não impedem que os fenômenos do dia-a-dia sejam compreendidos pelo homem, a partir dos conceitos tradicionais, baseados numa concepção newtoniana do universo, com leis aptas a explicá-lo segundo padrões que se repetem de forma praticamente imutável.³⁰ A fragilização da objetividade somente será relevante ao se trabalhar com padrões atômicos ou cósmicos, mas não na dimensão da vida cotidiana, onde ocorrem os fatos disciplinados pelo Direito.

Em suma, e procurando uma interseção operacionalmente útil para o mundo jurídico, mesmo no campo das ciências não há mais um conceito absoluto ou uma certeza universal, mas apenas leis probabilísticas ainda que quase-universais, que continuam a permitir explicações dos fatos racionalmente aceitáveis e a permitir um juízo de certeza “além de qualquer dúvida razoável”.

5. O PROCESSO E A EPISTEMOLOGIA: RUMO A UMA EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA

A busca de provas no processo penal é governada por noções e esquemas próprios do “mundo jurídico”. A existência de regras

²⁹ Nesse sentido: MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale: studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*. Trad. de Francesca Brunetta d’Usseaux. Milano: Giuffrè, 1999, p. 93 e segs.

³⁰ Nesse sentido, Susana Aires de Sousa afirma que “no que diz respeito à teoria da relatividade, a vida quotidiana pauta-se pela concepção de tempo e espaço da mecânica de Newton, cujas imprecisões postas a nu pelo avanço científico do século XX, são de parca relevância nos resultados de interesse cotidiano” (SOUSA, Susana A. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal*. Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Ed., 2014, p. 316).

jurídicas sobre a prova a ser produzida no âmbito processual não é suficiente para excluir, *a priori*, que também no processo se busque estabelecer uma verdade controlável segundo os critérios lógicos e epistemológicos.³¹

O processo não pode prescindir de métodos utilizados pela teoria do conhecimento.³² Evidente que a epistemologia ingressa no processo, não como epistemologia pura, entendida como estudo crítico dos métodos e da validade do conhecimento, mas como epistemologia aplicada, no caso, uma epistemologia judiciária.³³

A epistemologia judiciária compreende, nas palavras de Ubertis, os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o qual recai a escolha decisória.³⁴ Não se trata, porém, como explica Susan Haack de um gênero peculiar e especializado da epistemologia, enquanto teoria filosófica do conhecimento, mas simplesmente à aplicação de conceitos desta no contexto judicial.³⁵ E tal contribuição é especialmente importante no que atine à prova, uma vez que a preocupação central da epistemologia é, segundo seu magistério, compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca.

Há, contudo, propostas mais ousadas no relacionamento entre processo e epistemologia, que vão além de se limitar a enriquecer o processo com aportes epistêmicos. Reconhecendo o processo penal como um instrumento epistêmico, Larry Laudan vai mais longe, pois considera que a epistemologia jurídica envolve tanto um projeto descritivo, para observar quais regras promovem ou frustram a busca do conhecimento verdadeiro, quanto um projeto normativo, consistente na proposição de

³¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 51.

³² UBERTIS, Giulio. *Prove (in generale)*. In: *Digesto delle Discipline Penali*, v. X. Torino: UTET, 1995, p. 297.

³³ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

³⁴ UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015. p. 28-29.

³⁵ HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 6.

possíveis mudanças nas regras existentes que obstaculizam o atingimento de tal conhecimento.³⁶

Uma epistemologia garantista, como explica Ferrajoli, tem como uma das suas condições de efetividade um cognitivismo processual na determinação do fato criminoso, sendo assegurado um princípio de estrita jurisdicionalidade que requer duas condições: verificabilidade ou falsificabilidade das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e a sua prova empírica, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, seja sua refutação.³⁷

A inter-relação entre o direito probatório, de um lado, e a epistemologia, de outro, ocorrerá tanto num plano estático, isto é, em relação a um determinado meio de prova, quanto do ponto de vista dinâmico, como influência ao longo de toda a atividade de investigação e comprovação dos fatos ao longo da persecução penal.

6. A ATIVIDADE PROBATÓRIA E A DECISÃO JUSTA: ENTRE A LEGALIDADE E A EPISTEMOLOGIA

No âmbito das ciências, é comum a distinção entre *context of discovery* e *context of justification*. O contexto da descoberta normalmente está relacionado com os problemas de como se chega à formulação de uma hipótese e o contexto da justificação aos problemas de como tal hipótese será convalidada.³⁸ Essa dupla dimensão comumente empregada no âmbito epistemológico-científico é insatisfatória para a análise da busca do conhecimento verdadeiro no âmbito processual.

Entre ambos momentos, isto é, descobrir e justificar, é fundamental a análise do contexto da decisão.³⁹ Para decidir, é preciso um método

³⁶ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 25.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998. p. 8.

³⁸ UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015. p. 29.

³⁹ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 420; UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano:

para se chegar à decisão e, no caso processual, isso significa como valorar a prova. Mas além do método de valoração, é necessário um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração racional, o nível ou o *quantum* de suporte probatório que uma afirmação sobre os fatos precisa obter para que seja considerada verdadeira. Trata-se do problema dos *standards* de prova ou níveis de convencimento.

Em cada um desses contextos ou momentos há inter-relacionamento de regras jurídicas e regras epistêmicas a governar a reconstrução histórica sobre os fatos.

O contexto da descoberta é apontado como o momento de obtenção do máximo de dados disponíveis para a formulação de uma hipótese. Todavia, no processo penal, em que a persecução se divide, claramente, em uma fase de investigação prévia, que não se dá perante o julgador, e outra fase de produção de provas, que ocorre perante o juiz que irá decidir, é importante que tais momentos sejam tratados de modos distintos. Essa distinção se justifica não só do ponto de vista jurídico, por uma diversa matriz principiológica de cada uma delas, mas também por se desenvolverem com estruturas epistemológicas distintas.

A atividade de investigação pressupõe a formulação de uma hipótese inicial por quem investiga. Essa formulação inicial de uma hipótese a ser investigada se dá por mecanismos variados, não apenas racionais, mas também governados por processos intuitivos. Epistemologicamente, trata-se de momento em que atuam uma metodologia abduktiva.⁴⁰ Pierce

Giuffrè, 2015. p. 26; PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. “Carpintaria” da sentença penal (em matéria de “fatos”). In: PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 135.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 417-418. A abdução, como explica Silvia Battaglio, consiste em um modo de inferência no qual, conhecendo o resultado e a regra se busca o fenômeno que produziu o resultado. Assim, do efeito se busca a causa, por meio de um esquema segundo o qual se é reputada causa de um fenômeno o antecedente mais provável entre todos os possíveis antecedentes. Assim como a indução, trata-se de raciocínio do tipo meramente probabilístico e, mesmo que se faça a aplicação de critérios científicos, as conclusões serão somente em termos probabilísticos e nunca em termos de certeza (BATALGIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995. p. 401). Sobre o tema, cf., ainda: MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio*

chama abdução a inferência que tem como premissa um fenômeno conhecido e como conclusão um elemento constitutivo de uma explicação causal ou não causal dele, sendo tal procedimento mental baseado em um instinto ancestral que possibilita ao homem “adivinhar” a explicação de um evento ou de uma regularidade encontrada.⁴¹ O raciocínio abdutivo é o único que permite, a partir dos elementos conhecidos e utilizados como elementos da abdução, que se obtenha uma nova ideia, ampliando o nosso conhecimento sobre os fatos, passando de um fato particular a outro fato particular.⁴²

A partir da formulação de uma hipótese fática inicial – um “momento eureka”! –, buscam-se elementos de prova que o confirmem. Porém, o cientista honesto, embora comprometido com a sua hipótese inicial, poderá ter que abandoná-la, se seus experimentos falsearem a hipótese originária. Como facilmente se percebe, ao transportar tais conceitos para o campo da persecução penal, o contexto da descoberta não é descritivo das atividades realizadas pelo juiz, durante a instrução, mas sim da atividade de quem conduz a investigação.

Concluída a investigação, desde que haja elementos necessários para caracterização de justa causa, haverá o oferecimento da denúncia. E aquela hipótese provisória – seja a hipótese originária que deu início à investigação, seja uma hipótese subsequente, mas ainda formulada no contexto da descoberta, decorrente de nova reformulação dos fatos no correr da investigação – se converterá na imputação definitiva, objeto da denúncia ou queixa.

Normalmente, os fatos afirmados na hipótese acusatória serão simplesmente negados na resposta do acusado (p. ex.: nega ser o autor dos disparos mataram a vítima) ou, a eles se dará uma explicação, com uma narrativa distinta (p. ex.: alega que atirou em legítima defesa). Postas as narrativas fáticas da acusação e da defesa, é necessário verificar, qual delas deve ser considerada verdadeira – no sentido já exposto no item 3. Segue-se,

di fato. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1137 e segs.; NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, v. 66 (Proceedings), 1999, p. 436 e seg.

⁴¹ PIZZI, Claudio. *Diritto, Abduzione e prov.* Milano: Giuffrè, 2009. p. 56.

⁴² FASSONE, Evio. Qualche altre riflessione in tema di prova. *Questione Giustizia*, III, 2009. p. 725.

então, a instrução, mediante a produção de provas em contraditório, na presença do juiz, se destinada a realização dos experimentos probatórios que servirão de suporte para uma ou outra narrativa. Logo, haverá a confirmação ou a negação da veracidade da afirmação contida na denúncia ou queixa.

Embora se trate de uma generalização rápida e simples das atividades de investigação e de instrução, é fácil perceber que, no contexto da investigação, quem formula a hipótese a ser investigada é o mesmo sujeito que realiza os atos de investigação e, ao final, conclui tal atividade, com um relatório de tudo o que foi investigado; já no contexto da instrução, quem formula a hipótese é o acusador, fazendo-a potencialmente de modo definitivo e não passível de alteração, restando-lhe apenas produzir os meios de prova que lhe deem suporte. Por outro lado, o acusado e seu defensor, normalmente, formularão uma hipótese contrária. E, finalmente, a decisão sobre qual hipótese é correta, isto é, no caso, verdadeira, caberá a outro sujeito: o juiz.

Em outras palavras, no contexto da investigação quem formula a hipótese inicial, busca provas de sua confirmação, e eventualmente reformula a hipótese é o mesmo sujeito que, ao final, encerrará a investigação, com sua conclusão sobre os fatos. Já no contexto processual, quem formula a hipótese é um sujeito parcial, a quem cabe produzir provas que lhe dê suporte, mas quem decide qual a hipótese verdadeira é outro sujeito, imparcial.

Por todas essas diferenças, aconselhável distinguir, no âmbito da atividade de reconstrução dos fatos realizada na persecução penal, entre o contexto da investigação, realizado inicialmente sob a condução da autoridade policial, e o posterior contexto da instrução, em que a produção das provas recai sobre as partes.

Ainda no contexto da instrução, uma vez delimitados os fatos objeto do processo, com a formulação da imputação e o recebimento da denúncia, passa-se a um momento em que há a atuação de regras probatórias, tanto de natureza jurídica, quanto de matriz epistêmica, tendo por objeto a admissibilidade das provas ou, o que seria o reverso da moeda, a disciplina legal das regras de exclusão probatórias. Também a produção da prova é objeto de um regramento próprio.

Voltando um pouco à dinâmica do contexto da instrução, a atividade de instrução se inicia com o juízo de admissibilidade de provas.

Trata-se de etapa em que há abundantes regras jurídicas governando a aceitação ou não de um meio de prova ou meio de obtenção de prova requeridos pelas partes. Assim é que cabe à lei disciplinar quem tem legitimidade para requer o experimento probatório, qual o prazo para o fazer, quais situações em que é vedado um meio de prova, etc. Embora a regra seja aceitar a produção das provas requeridas pelas partes, é inegável que há uma série de barreiras legais à atividade probatória, em níveis variados, de um modelo para o outro, ou mesmo de um ordenamento jurídico para outro, ainda que pertencente ao mesmo modelo ou família jurídica.

Já bastaria isso para se ver quanto a perspectiva epistemológica difere das regras jurídicas sobre admissibilidade de provas. Um princípio epistêmico, um tanto quanto óbvio, é que quando se busca acertar a veracidade de um enunciado fático, deve se poder utilizar todas as informações úteis para tal finalidade, como uma aplicação do *total evidence principle*.⁴³ Jeremy Bentham já advertia que a prova é a base da justiça, e “excluir a prova é excluir a justiça”!⁴⁴

Todavia, no mundo processual, a atividade de admissão da prova é regida por outros fatores que justificam que a lei estabeleça limites de admissão ou casos de inadmissibilidade probatórias. O “direito à prova” não implica o “direito à admissão de todas as provas” requeridas pelas partes⁴⁵.

Nos países de *common law* é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas, de um lado, em *extrinsic policies* e, de outro, fundadas em *intrinsic policies*.⁴⁶ As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules*

⁴³ TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 140.

⁴⁴ BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. II. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 87.

⁴⁵ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del Uomo. Rivista de Diritto processuale, v. 49, n. 2, 1994. p. 491.

⁴⁶ Nesse sentido: WIGMORE, J. H. *Evidence in Trials at Common Law*, por P. Tillers, Boston, 1983, I, II, p. 689. *Apud* DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003. p. 24.

of intrinsic policy são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade”. De forma semelhante, na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que os limites a admissibilidade da prova podem ter fundamentos extra-processuais (*políticos*) ou processuais (*lógicos e epistemológicos*).⁴⁷

É fácil compreender o predomínio de regras legais de exclusão da prova por finalidades políticas ou extra-processuais. O direito à prova admite restrições legítimas à busca da verdade nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devem prevalecer, como a dignidade humana, a inviolabilidade do domicílio ou a intimidade.⁴⁸

Muito mais complexas são as restrições probatórias fundadas em finalidades epistêmicas e, mesmo, lógicas: como é o caso das provas que sejam manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.⁴⁹

O grande problema de toda e qualquer regra de exclusão probatória é, como aponta Taruffo, resolver o paradoxo de serem normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica, mas, em realidade, serem contraproducentes para a busca da verdade, pois impedem a possibilidade de utilização de informações úteis.⁵⁰ Isso porque, para muitos autores, trata-se, ao contrário, de limites *anti-epistêmicos*, ao impedir o ingresso e valoração de elementos relevantes para o convencimento judicial!

⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 93. No mesmo sentido, na doutrina italiana, cf.: UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999. p. 55.

⁴⁸ Como bem destaca Hassemer, “a busca da verdade não é o único objetivo do processo penal, além de se situar em conflito estático como os direitos do acusado e estes direitos inibem, por sua vez, a busca da verdade” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009. p. 30).

⁴⁹ Sobre os limites lógicos de admissão da prova, em especial os conceitos de pertinência e relevância, cf.: BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 150.

Um campo em que tem se sentido uma ampla e direta influência da epistemologia no juízo de admissibilidade probatória é na admissão da chamada “nova prova científica”, relativamente a introdução, no processo, de novos métodos científicos.⁵¹ Sobre esse importante tema, Juan Manuel Alcoceba Gil publica artigo *neste dossiê*, intitulado “Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica”, em que analisa os “standards jurisprudenciais de cientificidad” para traçar o papel do Direito na conformação do conceito de ciência e o impacto de tal visão na admissibilidade de provas científicas.

A questão ganhou grande destaque a partir do direito norte-americano, por influência do julgamento pela Suprema Corte Norte Americana, do *Caso Daubert vs. Merrel-Dow Pharmaceutical, Inc.*,⁵² no ano de 1993 – que reviu os critérios de admissão da prova científica⁵³ que vigoravam há 70 anos, desde o julgamento do *Caso Frye*, em 1923 – que gerou intenso debate doutrinário que levou à modificação da *rule 702* da *Federal Rules of Evidence*. A questão seguiu com os casos *General Electric Co. vs. Jonier*⁵⁴ e *Kumho Tire Co. vs. Carmichael*.⁵⁵

Nos ordenamentos de *civil law* a questão também em sido muito debatida, como na Itália, cujo art. 189 do *Codice di procedura penale*, para

⁵¹ Na doutrina nacional: MANZANO, Luís F. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 187.

⁵² 509 U.S. 579 (1993).

⁵³ As condições mínimas para um conhecimento ser considerado científico e admitido no processo foram definidas de acordo com o que ficou conhecido como *Daubert standard*: (1) a *validade do conhecimento científico*, isto é, que o princípio científico empregado seja suscetível de verificação ou falsificação; (2) sua aceitação por parte da comunidade científica – *peer review*; (3) que o resultado das pesquisas tenham sido *objeto de publicação* em revistas especializadas; (4) sejam conhecidos os *riscos de erro*: controle da taxa de erro calculado ou potencial; (5) que existam e sejam respeitados *standards* de correta execução da operação aplicativa; (6) haja a aceitação geral na comunidade científica.

⁵⁴ 522 U.S. 136 (1997).

⁵⁵ 526 U.S. 137 (1999). No caso *Kumho Tire*, a Suprema Corte considerou que os fatores presentes na lista de Daubert eram flexíveis, e poderiam ou não ser pertinentes num caso, a depender do tipo de perícia envolvida, de modo que os tribunais poderiam utilizar todos, alguns ou nenhum desses fatores.

a admissão de provas atípicas, exige que o experimento probatório seja “idôneo para assegurar o accertamento dos fatos”,⁵⁶ sendo o tema objeto de intenso debate doutrinário.⁵⁷

Superado o juízo de admissibilidade probatória, é necessário que sejam produzidos os meios de provas requeridos pelas partes e deferidos pelo juiz. Novamente, haverá inegável predomínio das regras legais sobre as regras epistemológicas. Por exemplo, definir na produção da prova testemunhal, quem perguntará primeiro, se o juiz ou as partes,⁵⁸ ou estabelecer se no reconhecimento pessoal, é necessário ou não que a pessoa a ser reconhecida fique ao lado de outras semelhantes,⁵⁹ ou ainda, se será possível convocar os peritos para prestarem esclarecimentos orais em audiência, são questões resolvidas por escolhas legislativas.⁶⁰ O legislador, por razões técnicas, por influência da legislação anterior de seu país, por verificação do direito estrangeiro sobre a matéria, e também por buscar

⁵⁶ O *Codice di procedura penale* italiano, o art. 189 ao disciplinar a admissibilidade das provas atípicas, mas que a doutrina destaca, com especial destinação nas provas científicas, assim dispõe “1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”.

⁵⁷ Há ampla bibliografia sobre o tema, podendo ser citados, exemplificativamente: TONINI, Paolo (Org.) Dossier La prova scientifica nel processo penale, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6, 2008; TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. In: *Decisione Giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 3-23; NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007; DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata esplicazione*. Milano: Giuffrè, 2005; TONINI, Paolo. Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza. In: CONTI, Carlotta (org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregi dizi, Giuffrè, Milano, 2011. p. 3 s.; BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 49 s.; CAPRIOLI, Francesco. La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale, *Cassazione Penale*, 2008. p. 3520 s.; UBERTIS, Giulio. Prova scientifica e giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2016. p. 1198 s.

⁵⁸ CPP, art. 212.

⁵⁹ CPP, art. 226.

⁶⁰ CPP, art. 159, § 5º.

disciplinar um meio epistemologicamente eficiente, faz escolhas legais que se tornam regras a serem observadas.

Uma vez concluída a produção da prova, é preciso analisar todo material produzido. A doutrina jurídica tem analisado esse momento como sendo um contexto intermediário: o contexto da decisão. Todavia, é útil distinguir entre a atividade de valoração e a decisão em si. A valoração, no caso, tomada como método de apreciação da prova e a decisão, ou mais especificamente, o grau de suporte probatório a ser exigido para que se possa considerar uma narrativa fática como provada, isto é, como verdadeira.

No contexto da valoração a prova irá desempenhar um papel essencial, sendo o fundamento para a escolha racional das afirmações dos fatos que constituirão o conteúdo da decisão final sobre esses fatos. Esse é, seguramente, o ponto em que o tratamento da prova mais poderá evoluir e se enriquecer com os aportes epistemológicos.

Superado o sistema da chamada prova legal, em que a atividade de valoração do julgador era preestabelecida por critérios prefixados pelo legislador, o livre convencimento apenas eliminou as amarras do julgador, desligando-o de qualquer valoração pré-constituída. Constitui uma inegável garantia epistemológica não estar o juiz obrigado a seguir esquemas de valoração taxada, tendo que dar por provados enunciados fáticos que considere insuficientemente provados.⁶¹

Todavia, se a liberdade de valoração da prova, de um lado, afastou um modelo de “valoração formal” da prova, de outro, colocou nada em seu lugar. O livre convencimento nada diz sobre como valorar, como determinar o grau de aceitabilidade dos resultados probatórios.

Diante da constatação que uma verdade absoluta é inatingível, e que mesmo no campo das ciências naturais se trabalha apenas com conhecimentos probabilísticos, obtidos mediante indução, as atenções voltaram-se para as teorias das probabilidades, como método a ocupar o vazio deixado pelo livre convencimento. Sobre a utilização de lógica de probabilidades e estatísticas na valoração judicial, *este dossiê* apresenta o artigo “Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria” de Ana Sánchez-Rubio. Nesse

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 158.

trabalho, a autora expõe os riscos e limitações de tal cenário, concluindo que é necessário resguardar os critérios da “sana crítica” e das “máximas de experiência”, de modo a ter cautela com os dados estatísticos.

Evidente que, numa modelo racionalista, a epistemologia judiciária não pode se contentar com um processo de valoração em que o julgador é sujeito privilegiado, que se convence da verdade intimamente, quase que em um ato de auto-revelação, o que caracteriza, segundo Carrara, uma “convicção autocrática”.⁶² A certeza judicial não é um “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas uma escolha fruto da razão, que permite escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dá suporte a cada um deles.

A partir dessas premissas, há várias tentativas de, por meios de diversas teorias probabilísticas, conferir racionalidade à atividade de valoração da prova. O tema é explorado em profundidade por Ferrer Beltrán, que distingue três modelos de raciocínio probatório: a probabilidade estatística, a probabilidade subjetiva e a probabilidade lógica ou indutiva, na qual dá preferência para o modelo baconiano desenvolvido por Cohen.⁶³

A teoria da probabilidade quantitativa tem sido utilizada em larga escala pela doutrina norte-americana na valoração da prova,⁶⁴ principalmente através de aplicações do teorema de Bayes.⁶⁵ Todavia, não é fácil o transporte de tal teoria para o campo probatório, sendo objeto de muitas críticas, principalmente porque a probabilidade estatística despreza os elementos concretos do caso e, em especial, as provas produzidas. O emprego da probabilidade frequentista recebeu vigorosa crítica de Tribe,⁶⁶ a

⁶² CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Trad. de J.J. Ortega Torres e J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis, 1957, v. II, p. 233.

⁶³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96-138.

⁶⁴ FILKENSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. A Bayesian Approach to Identification Evidence. *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, p. 289.

⁶⁵ O teorema de Bayes é uma regra relativamente simples, descoberta pelo reverendo Bayes, em 1763, segundo a qual a probabilidade P , do produto de dois eventos E e H é dada pela $P(H) \times P(E/H)$ ou, simetricamente, de $P(E) \times P(H/E)$.

⁶⁶ TRIBE, Laurence. Trial by Mathematis: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, v. 84, 1971, p. 1359. Também merece destaque a

partir da decisão dos *Caso Collins*.⁶⁷ Objetou-se que o emprego da probabilidade quantitativa não tem por preocupação verificar a possibilidade da ocorrência de um determinado fato concreto (no caso referido, que o casal preso tenha efetivamente roubado a senhora), mas a probabilidade abstrata da repetição de uma hipótese (um casal formado por jovem loira com “rabo de cavalo” e um negro de barba e bigode que dirige um carro amarelo), em um determinado conjunto (os casais da região de Los Angeles que possuem carros). Através da probabilidade quantitativa, determina-se a frequência com que um tipo de fenômeno se verifica no total de uma classe mais geral, mas não se estabelece a probabilidade de ocorrência de uma hipótese concreta que se pretende verificar.⁶⁸

crítica de: STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 288-292; FROSINI, Benito. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 2002. p. 82-86.

⁶⁷ *People v. Collins*, 238 P2d 33 (1968). O caso pode ser assim resumido: Uma senhora idosa caminhava para casa em uma estrada de Los Angeles e foi roubada e derrubada. A vítima declarou que somente conseguiu ver uma mulher loira fugindo e uma testemunha afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e “rabo de cavalo” correr e ir embora em um automóvel amarelo guiado por um jovem negro com barba e bigode. Poucos dias depois, um policial que investigava o caso prendeu um casal com estas características. Durante o processo, a acusação valeu-se de um perito em estatística na tentativa de demonstrar que, partindo das premissas de que o roubo foi cometido por uma mulher branca com cabelos loiros e “rabo de cavalo” que tinha deixado o local em um veículo amarelo guiado por um negro com barba e bigode, havia uma probabilidade altíssima que os acusados fossem culpados, por possuírem aquelas características incomuns. Individuadas as características relevantes e multiplicando-se o valor de cada uma das possibilidades, obteve-se o resultado de uma possibilidade em doze milhões, de que uma dupla tivesse tais características. Com base em tais argumentos, o casal foi condenado. A Corte da Califórnia reformou a decisão porque, além de questionar aspectos técnicos dos cálculos probabilísticos empregados, quanto ao mérito da questão, considerou que a utilização da estatística tinha “desviado” o júri de sua verdadeira função, que é valorar a prova. Assim, não se analisou se a dupla culpada possuía efetivamente as características expostas pelas testemunhas, ou ainda se havia possibilidade de existir na região de Los Angeles outra dupla com as mesmas características.

⁶⁸ MARCHEIS, Chiara B. *Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto*. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1123.

Outra vertente da probabilidade quantitativa é a denominada *Evidentiary value model*, proposta por Per Olof Ekelöf,⁶⁹ e desenvolvida por Sören Halldén⁷⁰ e Martin Edman.⁷¹ A *Evidentiary Value Model* compartilha das premissas fundamentais da teoria bayesiana: 1) o objeto de nossas crenças são proposições que exprimem *hipóteses* e *informações* sobre a verdade das hipóteses; 2) a nossa fé na verdade das proposições e quantificável por meio de cálculos de probabilidade; 3) o cálculo de probabilidade é um sistema de lógica no qual podemos demonstrar de-dutivamente que o crer com um certo grau de probabilidade na verdade de certas preposições implica que possamos crer com um certo grau em certas outras proposições; 4) o teorema de Bayes é a regra para calcular a probabilidade de que uma certa proposição *A* seja verdadeira, dado que se conhece que é verdadeira uma outra proposição *B*, que contem informações relevantes para a verdade de *A*.⁷²

A diferença da *EVM* em relação à teoria clássica bayesiana consiste na observação de que, sendo a preposição *A* um *factum probandum* e *B* um *factum probans*, o que é relevante e interessa ao juiz não é tanto estabelecer a verdade da preposição *A*, mas sim estabelecer que existe uma *apropriada relação probatória* entre *A* e *B*.⁷³

O raciocínio probatório, segundo a *EVM*, é composto de três elementos. O primeiro é o *tema de prova* que deve ser demonstrado. O segundo elemento são os fatos probatórios. E o terceiro e último

⁶⁹ EKELÖF, Per Olof. La libera valutazione delle prove. In: *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano: Giuffrè, 1967, v. II, p. 93 e ss.

⁷⁰ HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 141 e s

⁷¹ EDMAN, Martin. La combinazione di prove indipendenti. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 141 e ss.

⁷² GARBOLINO, Paolo. Introduzione. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. IX e X.

⁷³ Ibidem, p. X.

elemento é um *mecanismo probatório*, que diz que um fato probatório é *causado* pelo tema de prova.⁷⁴

Enquanto que para a teoria de bayesiana o que importa é estabelecer o grau de probabilidade da preposição *A* segundo a *frequência de bases* (por exemplo, 80% dos ônibus são azuis), a *EVM* tem por finalidade é estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de prova disponíveis confirmam a preposição *A*.

Outro modelo de emprego da probabilidade para o raciocínio judicial é a probabilidade subjetiva, que se utiliza dos esquemas da denominada probabilidade inversa, valendo-se igualmente do teorema de Bayes.⁷⁵ A probabilidade subjetiva mede o grau ou a força de crença racional que é possível ter em uma hipótese, dado um certo elemento de julgamento, se antes de conhecer esse elementos tínhamos um grau de crença *x* em tal hipótese dadas as probabilidade inversas de que esteja presente esse elemento de julgamento se a hipótese for verdadeira e se não for.⁷⁶

A crítica geralmente formulada a tal método, como apto a ser utilizado para o raciocínio probatório nos processos, é que o resultado que se pode atingir com a probabilidade subjetiva é somente determinar a racionalidade da mudança de crença. Porém, se as crenças iniciais, isto é, a probabilidade inicial, forem diversas, então a probabilidade

⁷⁴ GÄRDENFORS, Peter. Racionamento probabilístico e valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 47; HANSSON, Bengt. Epistemologia e prova. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 82.

⁷⁵ A probabilidade inversa é representada pela seguinte fórmula $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/-H)$. Lê-se: a probabilidade condicional de que seja verdadeira a hipótese *H*, dado o elemento de julgamento *E* é igual à probabilidade de que se dê *E*, se for verdadeira *H*, multiplicado pela probabilidade de *H* (sem levar em conta *E*), dividido pela probabilidade de que se dê *E*, se não for verdadeira *H*.

⁷⁶ FERRER BELTRÁN, Jordí. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 110. No mesmo sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005, p. 132, nota 5.

final também o será, afetando o juízo de racionalidade ou não sobre a mudança das crenças.⁷⁷

O método mais aceito na epistemologia judiciária para a valoração da prova, tem sido o emprego da probabilidade lógica, de tipo baconiano, nos moldes expostos por Jonathan Cohen.⁷⁸ Sua teoria parte de premissas gerais da noção de probabilidade: 1) a probabilidade é constituída de números que vão de 0 (impossibilidade) a 1 (certeza); 2) se há dois eventos que não podem acontecer no mesmo momento, a soma das probabilidades separadas de cada um deles será igual a 1; 3) se dois eventos podem ocorrer no mesmo momento, a probabilidade de seus acontecimentos contemporâneos é dada pela multiplicação da probabilidade dos dois eventos separados.⁷⁹

Porém, ao invés de aplicar uma probabilidade quantitativa, que Cohen denomina “pascalina”, seu método emprega a probabilidade lógica ou “baconiana” baseada em *inductive probability*, determinada através da aplicação do *method of eliminative reasoning*.⁸⁰ A probabilidade lógica não tem por fundamento a frequência de ocorrência de um evento de uma classe mais geral, mas sim os elementos de provas que dão sustentação às diversas inferências. É a prova que constitui a base do raciocínio judicial e que determina o tipo de conclusão que se pode validamente extrair.⁸¹ A probabilidade indutiva varia conforme varia o contexto probatório.⁸²

⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 111.

⁷⁸ COHEN, L. J., *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58 ss., 87 ss, 93 ss, 166 ss. Aderindo ao modelo de probabilidade indutiva proposto por Cohen: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 203-204; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97, nota 65; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005, p. 133.

⁷⁹ MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1125.

⁸⁰ CATALANO, Elena Maria. *La prova d'alibi*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 42, nota 13.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 201.

⁸² IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 121.

A probabilidade para Cohen coincide com o grau de solidez de uma inferência, consistente na passagem do fato *A* ao fato *B* que, por sua vez, depende da solidez da regra geral que fundamenta tal inferência.⁸³ Para se determinar o grau de suporte indutivo de regra geral é necessário realizar uma série de induções eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência daquela regra geral a interferência de outros fatores que poderia conduzir a resultados diversos.

A probabilidade indutiva de uma hipótese depende do apoio ou suporte que lhe prestam as provas às quais está ligada por uma regra causal, sendo medida não em termos frequentistas, mas em “graus de confirmação” ou de apoio indutivo de uma hipótese relativamente a uma informação (no, caso, de um elemento de prova).⁸⁴ A hipótese será aceita como verdadeira, se for confirmada por uma prova com a qual tenha um nexos causal ou lógico,⁸⁵ fazendo com que a existência de tal prova constitua uma razão para aceitar tal hipótese. Por outro lado, a hipótese será refutada pelas provas disponíveis, se estas estiverem em contradição com aquela.

Não há, em dispositivos legais, a indicação de qual o melhor método de valoração da prova. A busca por um método racional se dá a partir de discussões epistemológicas. O que se poderá encontrar em dispositivos legais são situações pontuais em que o legislador, ciente da maior fragilidade ou potencia de erro de um determinado meio de prova, mesmo em abstrato, estabelece a sua insuficiência para, isoladamente,

⁸³ MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1125-1126.

⁸⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 11.

⁸⁵ Como explica Taruffo, “quanto mais seguro e preciso for o tipo de conexão entre a hipótese e as provas, maior será o grau de confirmação (ou de probabilidade) da hipótese que, ao contrário, somente obterá confirmações ‘débeis’, quando as conexões forem genéricas, vagas e tenham um fundamento cognitivo incerto” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 247). No mesmo sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 12.

fundamentar uma condenação. O legislador interfere, então, na liberdade de valoração do julgador – e conseqüentemente, no emprego de métodos puramente racionais –, para estabelecer o que é insuficiente para considerar um fato provado.⁸⁶ É o que prevê, por exemplo, o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Não se trata, por óbvio, de um retorno ao sistema da prova legal, em seus moldes medievais, “com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias”.⁸⁷ O que a lei estabelece, em tal dispositivo, não é determinar qual meio de prova ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdade. Ao contrário, um regime de *prova legal negativa* determina que somente a delação é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabelece abstratamente o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para a superar a dúvida razoável.⁸⁸ Será necessário, portanto, que o conteúdo da colaboração processual venha corroborado por outras provas.⁸⁹

Outro exemplo que pode ser lembrado é a exigência de um determinado meio de prova para demonstrar um específico *thema probandum*,

⁸⁶ Outro exemplo que poderia ser lembrado, é a regra sobre a valoração de indícios, do artigo 192, 2º comma, do CPP italiano, “l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”. De modo muito semelhante, o PLS 156/09 estabelece, no artigo 168, § 1º, do Projeto de Código de Processo Penal brasileiro que “A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes”.

⁸⁷ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 105.

⁸⁸ AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. XVI, 1973. p. 232.

⁸⁹ Sobre a valoração da colaboração premiada, cf.: BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 231-277.

como a necessidade do exame de corpo de delitos, para a prova da materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado.⁹⁰

Enfim, caberá à epistemológica indicar os melhores modelos de valoração racional de provas. Porém, não se pode esquecer que o transporte de esquemas puramente epistêmicos ao conjunto de atividades probatórias desenvolvidas no processo penal terá que considerar outros fatores além da busca da verdade. A verdade é uma condição necessária para uma decisão justa, mas isso não significa que se deve buscar um modelo que seja um ótimo epistêmico, apenas com vistas a alcançar ao máximo o acerto e diminuir a chance de erros, sendo lhe indiferentes se esse consistirá em absolvições equivocadas ou condenações injustas. No processo penal a preocupação com o erro mostra ser muito mais grave condenar um inocente do que absolver um culpado.

Para isso, é importante a distinção das atividades de valoração da prova e do ato de decisão, ou melhor, de quando considerar que o processo de valoração atingiu o ponto necessário para que possa ser concluído em um sentido positivo ou negativo, na medida em que ambas atividades devem ser governadas por parâmetros distintos. Embora ambas atividades costumem ser tratadas no chamado contexto da decisão, tem razão Ferrer Beltrán ao distinguir o momento da valoração, de um lado, do momento da decisão, em si, de outro.⁹¹

Enquanto que a atividade de valoração da prova é regida por critérios epistemológicos, a definição do modelo de constatação ou do standard probatório para considerar que um enunciado fático está provado, é fruto de uma escolha axiológica. Depois de definido o método de valoração e sendo possível chegar à conclusão de qual é a hipótese fática que racionalmente deve ser considerada a que maior suporte encontrou na prova dos autos, é preciso definir qual o nível que esse suporte probatório deve atingir, para que tal hipótese seja, racionalmente, considerada verdadeira.

É preciso definir, pois, qual o *standard* probatório a ser atingido. Os *standards* probatórios são critérios que estabelecem o grau de confirmação

⁹⁰ CPP, art. 158.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 47.

probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado.⁹² Ou seja, os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve.⁹³ No processo penal, há relação direta entre o standard probatório adotado e a presunção de inocência, base de sua estruturação. Sobre isso, Jordi Ferrer Beltrán publica *neste dossiê* o artigo “Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência”, onde sustenta que se deve pensar a presunção de inocência a partir de uma concepção minimalista, a qual possibilitará sua efetivação como regra de garantia, especialmente nos contextos de incerteza sobre a satisfação do standard de prova.

Embora a epistemologia possa explicar como interpretar os significados dos standards de prova, não cabe a ela fixá-lo. Mais do que uma questão heurística, a definição de um *standard* de prova é uma questão axiológica, cuja definição não precisa levar em conta, necessariamente, a busca pelo critério melhor para maximizar os acertos do juízo de fato ou, o que seria o reverso da medalha, reduzir o erro.⁹⁴

Ao contrário, no processo penal, a adoção de um elevado *standard* de prova,⁹⁵ normalmente identificado com a expressão “além de qualquer

⁹² TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and the Rule of Law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, dez. 2014. p. 96.

⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p. 129.

⁹⁴ Como bem destaca Haack, “minha epistemologia, ao menos, tem muito a dizer sobre o que torna uma prova melhor ou pior e uma afirmação mais ou menos justificada, mas relativamente muito pouco sobre os graus de prova que interessam particularmente ao direito” (HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 32) (tradução livre). No mesmo sentido Jordi Ferrer Beltrán afirma que “a decisão sobre o nível de exigência do standard é nitidamente política, mas uma vez tomada, a epistemológica jurídica deve proporcionar os instrumentos para que possamos formulá-lo de modo preciso” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prefácio a la edición em castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 20).

⁹⁵ Numa escala crescente, fundado em padrões norte-americanos, é possível constar três distintos “standards probatórios”: (I) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido; (II) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificado como uma probabilidade elevada; (III)

dúvida razoável”, é claramente uma escolha política.⁹⁶ Isso porque, quer-se deliberadamente privilegiar a manutenção do estado de inocência e, em última análise, a liberdade. Se, de um lado, todo o ônus da prova pesa sobre o acusador, e de outro, se estabelece um *standard* probatório bastante elevado para que um fato seja considerado verdadeiro, é de se concluir que haverá, na distribuição de erros, muito mais culpados absolvidos do que inocentes condenados. Esta é a posição, aliás, já era encontrada na obra de Bentham, que defendia o princípio “the more atrocious the offence, the greater the force of evidence requisite to prove it”.⁹⁷

Por um lado, em relação ao ônus da prova, Rafael Fecury Nogueira analisa a temática no artigo “Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista” publicado *neste dossiê*. Conforme o autor, deve-se estabelecer categorias próprias ao processo penal no que diz respeito ao ônus da prova, distintas da esfera processual civil, o que acarreta consequências para questões relacionadas à ilicitude e à culpabilidade do fato punível.

Por outro, para o processo penal assume grande importância a ideia de que o grau de prova necessário para a condenação deve seguir o critério “além de qualquer dúvida razoável”.⁹⁸ Além de analisar os outros componentes da operação probatória, Paolo Ferrua expõe diversos

e “prova além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.

⁹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p. 130.

⁹⁷ BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1959. v. II, p. 361.

⁹⁸ Embora passível de muitas críticas, tal expressão vem se consolidando. Além de seu largo uso nos processos penais estadunidenses, também foi incorporada a textos legislativos, como no Código de Processo Penal italiano, de 1988, por meio da Lei nº 46, de 20 de fevereiro de 2006, que inseriu tal expressão no art. 533, comma 1º, prevendo que o juiz só pode proferir uma “sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”. A doutrina espanhola também utiliza a expressão equivalente: “más allá de toda duda razonable”, como se verifica, por exemplo, em: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL-04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 15. Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos também aplica o *standard* de prova “beyond reasonable doubt”: CoEDH, Caso Irlanda vs. Reino

aspectos do cenário italiano sobre a regra de “além de qualquer dúvida razoável” no artigo “La prova nel processo penale”, publicado *neste dossiê*. O autor explora o conceito do instituto e expõe sua dupla função: se, por um lado, protege o acusado de uma condenação injusta, por outro, ressalta que se a culpa está demonstrada a partir de um lastro probatório sólido e coerente, o honesto reconhecimento da invariável falibilidade abstrata do juízo não deve impedir a condenação.

A confirmação que um meio de prova ou um conjunto de provas confere a uma determinada afirmação fática deve ser compreendida como algo gradual, ou seja, a prova pode gerar mais ou menos suporte para uma hipótese.⁹⁹ Além disso, tendo em vista que não é possível trabalhar com um conceito absoluto de verdade, mas sim com graus de probabilidade de que um enunciado fático seja verdadeiro, é comum a tendência em procurar definir o *standard* probatório em termos quantitativos ou percentuais.

Não é tarefa fácil interpretar o conceito de “além de qualquer dúvida razoável”, pois tal *standard* probatório não estabelece um critério preciso de decisão, sendo, como explica Taruffo, baseada em um conceito essencialmente *soft* de como a *reasonableness* da dúvida pode impedir a condenação, mesmo havendo provas da culpabilidade do acusado.¹⁰⁰ Na jurisprudência norte-americana, é bastante comum a ideia de que tal grau pode ser quantificável em termos percentuais, costumando ser identificado com um grau superior a 95% de probabilidade de que a afirmação fática seja verdadeira, de acordo como a prova do processo.¹⁰¹

Todavia, não parece possível expressar o *standard* probatório para a condenação mediante a atribuição de valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas

Unido, sentença de 18.01.1978, Series A nº. 25, pp. 64-65, § 161; Caso Salman vs. Turquia, sentença de 27.06.2000, § 100.

⁹⁹ HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 17

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità. *Criminalia*, 2009, p. 307.

¹⁰¹ Para uma análise das expressões numéricas dos *standards* de prova “beyond any reasonable doubt”, nos Estados Unidos, cf.: KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32, nota 33.

atribuem aos enunciados fáticos.¹⁰² Além da dificuldade em si de definir objetivamente qual percentual seria esse que separa o razoável do não razoável, o que levaria a escolhas arbitrária e subjetiva, há ainda uma inadequação metodológica.

Isso porque, em se adotando um método de valoração da prova a partir da noção de probabilidade lógica, de tipo baconiano, como proposto por Cohen, não há como o seu resultado ser expresso em termos numéricos ou percentuais.¹⁰³ Apenas se concluirá que uma afirmação fática, que encontra correspondência com a prova dos autos, resistiu a sua verificação e confronto ante outras possíveis hipóteses que forneciam explicações diversas. Todavia, como lembra Ferrer Beltrán, o fato de a probabilidade indutiva de tipo baconiano não admitir cálculo matemático não implica que não se possa graduar e comparar o nível de suporte indutivo de cada hipótese, estabelecendo uma ordenação entre elas.¹⁰⁴ Resta, pois, dentro desse modelo gradual não quantificável, definir qual grau de suporte deve ser atingido pela hipótese de maior nível, para que possa ser considerada verdadeira.

Por fim, o contexto da justificação é diverso no campo do direito e das ciências. Neste, o contexto da justificação corresponde à fase final de uma pesquisa, em que as provas obtidas são utilizadas para comparar com a hipótese inicial gerada no contexto da descoberta. É o momento de defesa da hipótese, mediante testes ou métodos de verificação que a comprove. Diverso, porém, é o significado do contexto da justificação, no plano da epistemologia jurídica.

O juiz irá, por meio da fundamentação da sua decisão, utilizar os meios de prova quando a decisão já está tomada, com a escolha da hipótese sobre os fatos que parece mais atendível. A prova assume a função de um elemento de justificação da decisão sobre os fatos, fornecendo

¹⁰² TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 220.

¹⁰³ Com razão, Gascón Abellán enfatiza que a formulação de um *standard* de prova está muito vinculada aos esquemas de valoração que o utilizarão (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p 131).

¹⁰⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 122.

elementos de confirmação ou de suporte racional da hipótese escolhida como afirmação verdadeira sobre tal fato.¹⁰⁵

Em sua finalidade endoprocessual, a motivação é uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram as razões de decidir.¹⁰⁶ É o “discurso justificativo da decisão”,¹⁰⁷ uma “justificação racional das escolhas do juiz”.¹⁰⁸

Evidente que o fato de o contexto da justificação estar situado na etapa final da dinâmica da reconstrução histórica dos fatos no processo penal não significa que as etapas anteriores lhe sejam indiferentes. Se valorar consistir, diante dos elementos de prova disponíveis, em verificar se há razões para considerar como verdadeira certas afirmações em confronto com outras diversas, então a motivação é não apenas possível, como necessária para possibilitar um controle de tais processos de convencimento. Mais do que isso, sendo realizada em bases racionais e, portanto, acessível a outros indivíduos, é possível um controle intersubjetivo, por via recursal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. XVI, 1973.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXVII, Milano: Giuffrè, 1977.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. trad. Flávia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.

¹⁰⁵ Sobre isso, ver: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 15-16.

¹⁰⁷ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXVII, Milano: Giuffrè, 1977, p. 184 (tradução livre).

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 421 (tradução livre).

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011.

BATAGLIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995.

BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. II. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BUNGE, Mario. *Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. 3 ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1972.

CAPRIOLI, Francesco. La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale. *Cassazione Penale*, 2008, p. 3520 s.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. v. II. Trad. de J.J. Ortega Torres e J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis, 1957.

CATALANO, Elena Maria. *La prova d'alibi*. Milano: Giuffrè, 1998.

COHEN, L. J., *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198244127.001.0001>

COMOGLIO, Luigi P. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1998.

DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003.

DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata esplicazione*. Milano: Giuffrè, 2005.

EDMAN, Martin. La combinazione di prove indipendenti. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. 141 e ss.

EKELÖF, Per Olof. La libera valutazione delle prove. In: *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano: Giuffrè, 1967, v. II, p. 93.

FASSONE, Evio. Qualche altre riflessione in tema di prova. *Questione Giustizia*, III, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. trad. de Valentina Carnevale. Bologna: Il Mulino, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prefácio a la edición em castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FILKENSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. A Bayesian Approach to Identification Evidence. *Harvard Law Review*, vol. 83, n. 3, 1970. <https://doi.org/10.2307/1339656>

FROSINI, Benito. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002.

GÄRDENFORS, Peter. Razonamiento probabilístico e valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HASSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatório. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

GARBOLINO, Paolo. Introduzione. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

GAROFOLI, Vincenzo. Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio (orgs.). *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, Madrid, n. 28, p. 127-139, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social World*. New York: Oxford University Press, 1999. <https://doi.org/10.1093/0198238207.001.0001>

GOMES FILHO, Antonio M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013.

GÖSSEL, Kark Heinz. La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009.

HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139626866>

HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. 141 e ss.

HANSSON, Bengt. Epistemologia e prova. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale: studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*. Trad. de Francesca Brunetta d'Usseaux. Milano: Giuffrè, 1999.

MANZANO, Luís F. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatória. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 231-277.

NEUBURGER, Luisella de Cataldo. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007.

NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, v. 66 (Proceedings), p. S436-S451, 1999. <https://doi.org/10.1086/392744>

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. "Carpintaria" da sentença penal (em matéria de "fatos"). In: PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIZZI, Claudio. *Diritto, Abduzione e prov*. Milano: Giuffrè, 2009.

- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
- RABELAIS, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, trad. Élida Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006.
- SARACENO, Pacoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940.
- SOUSA, Susana A. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal*. Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.
- STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2001.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, a. 41, n. 2-3, p. 237-292, 1986.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.
- TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profli generali. In: *Decisione Giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 3-23.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009.
- TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità. *Criminalia*, 2009.
- TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and the Rule of Law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, dez. 2014.
- TONINI, Paolo (Org.) Dossier La prova scientifica nel processo penale. *Diritto Penale e Processo*, n. 6, 2008.
- TONINI, Paolo. Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza. In: CONTI, Carlotta (org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi, Giuffrè, Milano, 2011.
- TRIBE, Laurence. Trial by Mathematis: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, 1971. <https://doi.org/10.2307/1339610>
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TWINING, Willian. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. New York: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511617249>

UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del Uomo. *Rivista de Diritto processuale*, v. 49, n. 2, 1994.

UBERTIS, Giulio. *Prove (in generale)*. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, v. X. Torino: UTET, 1995.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999.

UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015.

UBERTIS, Giulio. Prova scientifica e giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2016, p. 1198 s.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

La prova nel processo penale¹

Evidence in criminal procedure

A prova no processo penal

Paolo Ferrua

Ordinario di Procedura penale
Università degli Studi di Torino/Italia
paolo.ferrua@unito.it

 <http://orcid.org/0000-0002-7459-6762>

ABSTRACT: Lo scritto analizza le tre componenti dell'operazione probatoria: le premesse probatorie o prove in senso stretto, con particolare riguardo alla distinzione tra dichiarazioni di prova e prove critico- indiziarie; le proposizioni da provare, principali o incidentali, finali o intermedie; l'atto del provare, connotato dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Mentre i primi due termini variano in funzione del contesto processuale, il terzo resta indefettibile, essendo contraddittorio ritenere 'provata' una qualsiasi proposizione allorché vi sia un ragionevole motivo per dubitarne. Quanto alla ripartizione degli oneri probatori, determinante è la struttura della fattispecie, sostanziale o processuale. In base a questa è possibile individuare, per ogni alternativa decisoria, il termine 'marcato', che veicola la proposizione da provare, e l'opposto termine 'consequenziale', che deriva dal mancato raggiungimento della prova: ad esempio, rispetto al tema principale del processo, termine 'marcato' è la condanna, termine 'consequenziale' il proscioglimento.

PAROLE CHIAVE: prova; ragionevole dubbio; processo penale.

ABSTRACT: *This paper analyzes the three components of the evidence operation: proof premises or evidence in the strict sense, with particular regard to the distinction between evidence declaration and critical/circumstantial evidence;*

¹ Lo scritto riproduce, con alcune varianti, parte dei capitoli III-IV del volume *La prova nel processo penale*. Vol. I, Struttura e procedimento. 2° ed. Torino: Giappichelli, 2017.

the propositions to be proved, principal or incidental, final or intermediate; the act of proving, connoted by the rule of beyond all reasonable doubt. While the first two terms vary according to the procedural context, the third remains indefectible, since it is incongruous to consider any proposition to be 'proven' while there is a reasonable reason to doubt it. With regard to the distribution of the burden of proof, the structure of the case and its legal qualification, whether substantial or procedural, are decisive. Therefore, it is possible to identify, for each decision alternative, the term 'marked', which conveys the proposition to be proved, and the opposite 'consequential' term, which derives from the failure to reach the proof: for example, with respect to the main object in trial, the term 'marked' is the conviction, the term 'consequential' the acquittal.

KEYWORDS: *evidence; reasonable doubt; criminal procedure.*

RESUMO: *Este artigo analisa os três elementos da operação probatória: a premissa probatória ou prova em sentido estrito, com especial atenção à distinção entre declarações probatórias e prova crítica-indiciária; as proposições a serem provadas, principais ou incidentais, finais ou intermediárias; o ato de provar, definido pela regra de "além da dúvida razoável". Enquanto os dois primeiros variam de acordo com o contexto processual, o terceiro permanece inalterado, uma vez que é contraditório considerar qualquer proposição "comprovada" enquanto houver uma razão razoável para duvidar disso. No que diz respeito à distribuição do ônus da prova, é determinante a estrutura do tipo legal, seja substancial ou processual. Com base nisso, é possível identificar, para cada alternativa decisória, o elemento "marcado", que transmite a proposição a ser provada e o elemento "consequencial" oposto, derivado da falha na comprovação: por exemplo, em relação ao objeto principal em julgamento, o elemento "marcado" é a condenação, e o elemento "consequencial" é a absolvição.*

PALAVRAS-CHAVE: *prova; dúvida razoável; processo penal.*

SOMMARIO: 1. La prova come operazione a tre termini: premesse probatorie, proposizione da provare, atto del provare. – 2. Regole di esclusione e criteri di valutazione: due fenomeni da non confondere. – 3. Negazione passiva e negazione attiva: non presunzione di colpevolezza e presunzione di non colpevolezza (o di innocenza). – 4. Ammissibilità ed efficacia persuasiva della prova. – 5. Equivoci in tema di indizi. – 6. Premesse probatorie: prove dirette e prove indirette. – 7. Prove precostituite e prove costituite. – 8. Dichiarazioni di prova e prove critico-indiziarie. – 9. Criteri identificativi

della prova dichiarativa. L'atto comunicativo. – 10. L'enunciato apofantico. – 11. Prove critico-indiziare. – 12. Prove critico-indiziarie artificiali e naturali: la struttura complessa dell'intercettazione. – 13. "Sequenze" e "convergenze" probatorie. – 14. Proposizioni da provare. – 15. L'atto del provare e il ragionamento abduttivo. – 16. La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio: due modelli di prova. – 17. 'La prova oltre ogni ragionevole dubbio' tra regola e principio: i c.d. casi difficili. – 18. Il dubbio ... sulla 'ragionevolezza' del dubbio. – 19. L'oltre ogni ragionevole dubbio e il teorema di Bayes. – 20. Funzione pedagogica della regola di giudizio: povertà denotativa e ricchezza connotativa. – 21. Alternative decisorie: termine 'marcato' e 'termine' consequenziale. – 22. Onere della prova. – 23. L'oltre ogni ragionevole dubbio e il rischio dell'abuso nei provvedimenti cautelari. – 24. Presunzione di innocenza e prova oltre ogni ragionevole dubbio. Bibliografia.

1. LA PROVA COME OPERAZIONE A TRE TERMINI: PREMESSE PROBATORIE, PROPOSIZIONE DA PROVARE, ATTO DEL PROVARE

La prova, latamente intesa, è un'operazione volta a verificare, quindi ad accertare come vera o falsa una qualsiasi proposizione². In essa si possono individuare tre componenti:

a) i mezzi potenzialmente idonei a provare, *id est* le prove in senso proprio che saranno formalizzate e descritte in altrettante proposizioni o premesse probatorie;

b) l'oggetto o il tema della prova, ossia la proposizione che si intende provare: la quale dovrà essere costituita da un enunciato apofantico, vale a dire vero o falso, dato che non avrebbe senso provare enunciati né veri né falsi, come comandi, promesse, consigli, ordini o, più in generale, tutti gli enunciati performativi;

c) il criterio o la regola di giudizio alla cui stregua si può ritenere raggiunta la prova e, quindi, effettuato con esito positivo il passaggio

² Nell'etimo 'provare' significa riconoscere qualche cosa come buona; e le proposizioni oggetto di prova in tanto sono 'buone', in quanto siano 'vere'.

dalle proposizioni probatorie alla proposizione da provare: la regola, già implicita nel concetto stesso di ‘provare’, è rappresentata dal canone dell’*oltre ogni ragionevole dubbio*³.

Prova, nel senso di premessa probatoria, è ogni dato che, legittimamente acquisito al processo, sia valutabile dal giudice in ordine a una determinata proposizione da provare. Non ha senso chiedersi se un elemento costituisca o no prova, senza avere contestualmente individuato la proposizione da provare⁴. Ciò che è prova in ordine al tema *x*, può non esserlo su quello *y*. Ad esempio, una dichiarazione raccolta unilateralmente nelle indagini preliminari è prova sul tema cautelare (i gravi indizi di colpevolezza o i *pericula libertatis*) o su quello della condotta illecita *ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, ma non lo è in sede dibattimentale sul tema della colpevolezza (salve le eccezioni contemplate dalla legge).

Premesse probatorie e proposizioni da provare sono i termini variabili del meccanismo probatorio, o meglio le prime variano in funzione delle seconde; le quali vanno attentamente individuate, perché, come si vedrà, non sempre la legge le specifica in modo trasparente. L’atto del provare è, invece, la componente invariabile della terna, perché, come vedremo, in qualsiasi contesto processuale è sempre connotato dal medesimo criterio: quali che siano le prove e quale che sia il tema probatorio, una proposizione può dirsi “provata” solo in quanto lo sia “oltre ogni ragionevole dubbio”; la permanenza di un dubbio ragionevole è incompatibile con l’esito positivo dell’operazione probatoria.

2. REGOLE DI ESCLUSIONE E CRITERI DI VALUTAZIONE: DUE FENOMENI DA NON CONFONDERE

Collegata alla struttura triadica della prova è la distinzione tra regole di esclusione probatoria e criteri di valutazione. Le prime riguardano la prova come premessa probatoria; e – variamente espresse ora nella forma del divieto di ammissione ora del divieto di utilizzazione

³ *Infra* par. 16.

⁴ A meno, s’intende, che siano dati giuridicamente inesistenti per i quali è *a priori* esclusa ogni rilevanza probatoria.

– operano sempre in un momento antecedente a quello in cui interverrebbe la valutazione, proprio perché negano alla radice l'idoneità di un certo dato a fungere da valida premessa probatoria⁵.

La prova che sia stata acquisita, violando una regola di esclusione, è giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*. A sanzionare il divieto probatorio non occorre una specifica previsione di nullità o di altro vizio processuale, che avrebbe anzi l'effetto di convertire l'inesistenza giuridica in un vizio meno grave come la nullità. L'irrelevanza processuale della prova non ammessa dalla legge è *in re ipsa*. Se la prova è vietata dalla legge, il giudice non ha il potere di assumerla; e l'atto, eventualmente compiuto in assenza del potere, cade nel vuoto. Un atto in tanto può produrre l'effetto cui è preordinato in quanto chi lo compie sia investito del relativo potere.

Che una prova inammissibile sia inutilizzabile è un'affermazione vera, ma tautologica, nella quale il predicato non aggiunge nulla al soggetto. Da questo punto di vista, in quanto riferito alle prove inammissibili, l'art. 191 c.p.p. è una disposizione pleonastica; o, meglio, si spiega come monito del legislatore a non cadere negli abusi di un passato dove, in forza del libero convincimento del giudice, si recuperavano al processo anche prove illegittimamente ammesse (incluse le testimonianze estorte).

Le regole di esclusione possono essere 'assolute' (come per gli scritti anonimi, per le dichiarazioni estorte, per le voci correnti nel pubblico, ecc.); o 'relative', quando operano solo in rapporto ad una determinata proposizione da provare (ad es., sul tema della colpevolezza) o nei confronti di certi imputati (ad es., coloro la cui difesa non abbia partecipato all'assunzione dell'atto).

Ben diversa la disciplina dei criteri legali di valutazione: a differenza delle regole di esclusione, implicano prove validamente costituite e riguardano il passaggio da queste alla proposizione da provare che viene in vario modo guidato dalla legge. Essendo spesso enunciati nella forma "q vale come prova di p solo in presenza di r", si può essere indotti a convertirli in una regola di esclusione del tipo "q, in assenza di r, è un dato

⁵ Per un approfondimento del tema cfr. M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009.

inutilizzabile”: ad esempio, dire che una dichiarazione può valere come prova solo in presenza di elementi che ne confermano l’attendibilità – così il criterio fissato dall’art. 192 comma 3 c.p.p. – non equivale forse a dire che, mancando tali elementi, la dichiarazione è inutilizzabile? È istintivo rispondere positivamente; ma è un errore, favorito ancora una volta dall’ambiguità del termine ‘prova’. Il criterio legale non incide sulla valida *costituzione* della prova, intesa come dato valutabile dal giudice; influisce solo sul *valore* della prova sino ad annullarlo in assenza di certi requisiti. Nell’esempio di cui sopra, la dichiarazione del coimputato è ‘prova’ (si allude ad una potenzialità del dato legittimamente acquisito) e, come tale, dev’essere valutata dal giudice; ma, in forza della regola legale, è inidonea a ‘provare’ (il verbo indica un esito) il fatto dichiarato, in assenza di riscontri.

Insomma, una cosa è che un dato non possa essere valutato perché inutilizzabile (*id est*, non acquisibile come prova), sottratto *a priori* al convincimento giudiziale; un’altra che per effetto dei criteri legali il valore di una prova si riduca o addirittura scenda a zero rispetto a determinati esiti: la negazione che nel primo caso *precede* la valutazione, nel secondo la *segue*. È in sostanza l’elementare distinzione tra *negazione passiva* (“non valuto che ...”) e *negazione attiva* (“valuto che non ...”) rispetto alla proposizione *affermativa* (“valuto che ...”)⁶. La regola di esclusione vieta la valutazione del giudice, il criterio la condiziona e la guida, sino a prefigurarne a volte l’esito negativo, come accade con le dichiarazioni del coimputato che, prive di riscontri, non provano il fatto dichiarato. In quest’ultimo caso il risultato non è, all’atto pratico, diverso da quello che deriverebbe da una regola di esclusione, perché la proposizione oggetto di prova non sarà provata; ma concettualmente la distinzione tra prova inutilizzabile e prova il cui valore è in certe circostanze nullo resta netta e rilevante a vari effetti. Ad esempio, ai fini del ricorso in cassazione, da esperire rispettivamente ai sensi della lett. c) e della lett. e) dell’art. 606 c.p.p.; o ai fini del diritto intertemporale, perché nel primo caso la legge applicabile è quella vigente al momento dell’acquisizione, nel secondo quella al momento della valutazione.

⁶ Per la rilevanza della distinzione sul terreno delle contestazioni *ex art.* 500 c.p.p., v. P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 144 s.

3. **NEGAZIONE PASSIVA E NEGAZIONE ATTIVA: NON PRESUNZIONE DI COLPEVOLEZZA E PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA (O DI INNOCENZA)**

La distinzione tra negazione passiva (“non valutare che”) e negazione attiva (“valutare che non”) è singolarmente trascurata, come si può notare a proposito del principio contenuto nell’art. 27 comma 2 Cost.: «L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva». Principio solo in parte assimilabile a quello espresso dall’art. 6 comma 2 CEDU («Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»)⁷.

Nonostante si tratti di formule diverse, la ‘non considerazione di colpevolezza’ della Costituzione viene solitamente convertita nella ‘presunzione di innocenza o di non colpevolezza’ (innocente e non-colpevole sono termini sinonimi⁸), al punto che assai raramente la si cita nel suo tenore letterale. A tale esito concorrono, sicuramente, esigenze di semplificazione, di uniformità col testo della Convenzione europea e, storicamente, una comprensibile carica polemica verso il regime fascista che aveva definito la presunzione di innocenza «una stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali»⁹.

Tuttavia, dal punto di vista testuale, l’equiparazione tra le due formule è un grave errore logico, alla cui origine sta la confusione tra la ‘negazione attiva’ e la ‘negazione passiva’. La Costituzione, lungi dall’imporre di ‘presumere’ l’innocenza o il suo equivalente logico, la ‘non colpevolezza’, dice soltanto che «l’imputato non è considerato

⁷ C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Utet, Torino, 2008, 52 s.

⁸ Anche etimologicamente, separando il prefisso dal radicale, *in-nocente* è colui che non nuoce. Sul bilanciamento tra presunzione di innocenza e anticipazione di effetti tipici della sanzione penale, v. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2014; G. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza*, Zanichelli, Bologna, 1979; R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, 303; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁹ Così il guardasigilli Alfredo Rocco nella *Relazione al progetto preliminare del codice di proc. pen.*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, 1929, 22.

colpevole». La negazione (il ‘non’) è riferita al verbo (‘considerato’) e non al sostantivo (“colpevole”).

Nel linguaggio comune spesso queste differenze sfuggono, ma c’è un netto divario tra dire che l’imputato ‘è considerato non colpevole’ (negazione attiva) o che ‘non è considerato colpevole’ (negazione passiva). Nel primo caso si predica un giudizio di ‘non colpevolezza’ del tutto equivalente a quello di innocenza; nel secondo si predica l’agnosticismo, l’astensione dal giudizio di colpevolezza. In tutti i verbi epistemic (credere, ritenere, provare, presumere, pensare, ecc.) la negazione attiva o passiva assume un significato ben diverso. Che poi nella *vulgata* si ignorino queste varianti e si preferisca parlare, in un caso come nell’altro, di presunzione di innocenza (o di non colpevolezza), è un dato di fatto che non scalfisce minimamente la rilevanza del discorso appena svolto.

Resta da chiedersi se sia più appropriata la non presunzione di colpevolezza espressa dalla nostra Costituzione o la presunzione di innocenza affermata dalla Convenzione europea. A nostro avviso, muovendo dal presupposto che entrambe le formule esprimano regole legali né ovvie né irragionevoli, occorre distinguere, a seconda che sia stata emanata o no una condanna. *Prima* della pronuncia di una condanna è più corretto parlare di ‘presunzione di innocenza’; o meglio, sarebbe del tutto pleonastico prevedere una ‘non presunzione di colpevolezza’. Come si potrebbe, infatti, ritenere colpevole colui che nessun giudice ha ancora dichiarato tale? A negare l’equivalenza è una regola logica, così elementare da non avere alcuna necessità di essere tradotta in regola legale.

Si spiega così che la Convenzione europea, riferendosi *solo* al periodo antecedente alla condanna, abbia imposto il più pregnante, e non ovvio, principio della presunzione di innocenza; la quale assume il valore di una regola *legale*, proprio perché dal punto di vista puramente *logico* non sarebbe corretto presumere l’innocenza per il solo fatto che non vi sia ancora la prova della colpevolezza (costituirebbe un buon esempio della c.d. fallacia *ad ignorantiam*).

Diverso il discorso *dopo* la pronuncia della condanna, seppure non irrevocabile. Qui stabilire con una regola legale che l’imputato non è considerato colpevole, lungi dall’essere pleonastico, ha il senso ben preciso di vietare un’assimilazione che, altrimenti, scaturirebbe automaticamente dalla decisione che dichiara colpevole l’imputato. In questi termini si

esprime l'art. 27 comma 2 Cost., che opera *anche* nelle fasi processuali successive alla condanna non irrevocabile, dove sarebbe eccessivo pretendere di capovolgere in presunzione di innocenza l'affermazione di colpevolezza contenuta nella sentenza.

In altre parole, per attribuire alle due formule un senso non banale, si deve ritenere che entrambe istituiscano una ragionevole *finzione*. *Prima* della condanna la regola legale, ossia la finzione, sta nel presumere l'innocenza, quando in senso logico vi sarebbe spazio solo per la non presunzione di colpevolezza. *Dopo* la condanna la regola legale e quindi la finzione sta nel non presumere quella colpevolezza che in via logica sarebbe corretto affermare perché espressa in una valida sentenza. Per la prima ipotesi è appropriata la formula della Convenzione, per la seconda quella della Costituzione. È probabilmente per il suo riferimento anche alla fase delle impugnazioni contro la condanna che la nostra Costituzione parla di un imputato 'non considerato colpevole', anziché 'considerato innocente' (o 'non colpevole').

4. AMMISSIBILITÀ ED EFFICACIA PERSUASIVA DELLA PROVA

Le questioni relative all'ammissibilità della prova vanno tenute ben distinte da quelle relative all'efficacia persuasiva che in concreto può esercitare il singolo dato. Purtroppo nei discorsi sulla prova si registra spesso una confusione tra i due piani. Analizziamo, ad esempio, l'enunciato 'x non è una prova'. Correttamente inteso, significa che x non costituisce una valida premessa probatoria, e quindi non è valutabile dal giudice sul tema y (ad esempio, perché raccolto senza l'osservanza delle regole del contraddittorio o illegittimamente acquisito al processo). Ma, nel senso improprio in cui talora è usato specie nel linguaggio corrente, sta a significare che x, pur costituendo una valida premessa, è inidoneo nel caso concreto a 'provare' y (ad esempio, una testimonianza ritenuta inattendibile o irrilevante). C'è una differenza abissale tra dire che 'x è (o non è) prova sul tema y' e dire che 'x prova o non prova y': nel primo senso si afferma o si nega una potenzialità probatoria; nel secondo, si afferma o si nega l'esito positivo della prova. La prova *su* y (premesse probatorie) non va confusa con la prova *di* y (risultato probatorio).

Dovrebbe essere chiaro, infatti, che una testimonianza non cessa di essere ‘prova’ per il solo fatto che sia vaga, irrilevante o persino falsa; così come costituisce una prova la circostanza che l'imputato fosse in buoni o cattivi rapporti con la vittima, ne fosse o no geloso, pur trattandosi di un elemento di per sé assolutamente inidoneo a provare il gesto omicida che gli è imputato. ‘Prova’ è tutto ciò che sia legittimamente acquisito al processo e, quindi, valutabile dal giudice in ordine ad un qualsiasi tema probatorio; e poco importa, ai fini del concetto di prova, che un dato valutabile si riveli in concreto più o meno persuasivo, più o meno rilevante rispetto alla proposizione da provare.

È netta la differenza tra una prova vietata dalla legge, quindi non acquisibile al processo, e una prova manifestamente irrilevante o sovrabbondante. A norma dell'art. 190 c.p.p. il giudice esclude «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti». Il tenore della disposizione può indurre a ritenere che tanto le prove vietate dalla legge quanto quelle manifestamente irrilevanti o superflue siano inammissibili, dovendo il giudice non ammetterle.

Ma non è così. Inammissibile nel significato proprio della parola è la prova vietata dalla legge, ossia oggetto di una regola di esclusione probatoria (ad esempio, gli scritti anonimi, la testimonianza dell'imputato, i mezzi che ledono la libertà di autodeterminazione, ecc.); vale a dire, la prova che il giudice non ha il potere di assumere. Quella che il giudice non ammette perché manifestamente irrilevante o superflua non è inammissibile nel senso appena specificato; né sarebbe corretto dire che il giudice sia privo del potere di assumerla. Viene (provvisoriamente) esclusa perché ritenuta, al momento, inutile a fini decisori.

Il giudizio sulla superfluità e irrilevanza, infatti, non riguarda la prova in sé, intesa come premessa probatoria, ma il suo rapporto con il contesto in cui si colloca, e, più specificamente, con la proposizione da provare (nel caso della irrilevanza) o con le altre prove (nel caso della superfluità). È un giudizio che in qualche misura attiene al merito e la cui anticipazione in sede preliminare, ossia di ammissione della prova, si giustifica per esigenze di ragionevole durata del processo; sarebbe una perdita di tempo assumere prove superflue o irrilevanti. Ma, proprio per il rischio di sconfinamento nel merito e di perdita di imparzialità del giudice, la legge circoscrive l'estensione delle due tipologie con l'avverbio

‘manifestamente’. Si spiega così che il provvedimento di esclusione della prova manifestamente superflua o irrilevante sia ‘allo stato degli atti’, ossia sempre rivedibile al variare del quadro probatorio; la prova già esclusa può, al mutare del rapporto con le altre prove o in una diversa prospettiva di ricostruzione del fatto, mostrarsi successivamente utile e rilevante, mentre una prova vietata dalla legge resta inammissibile, quale che sia il contesto in cui si inserisce.

5. *EQUIVOCI IN TEMA DI INDIZI*

Ovunque vi sia una proposizione da provare, necessariamente devono esservi prove, non essendo possibile provare se non attraverso prove. L’ipotesi che qualcosa possa essere ‘provato’ da entità diverse dalle prove – comunque le si chiami, elementi, indizi, ecc. – è una contraddizione in termini; se x è provato da y , y non può che essere una prova. Per converso, è altrettanto evidente che non tutte le “prove” sortiscono necessariamente l’effetto di “provare”: vi sono prove, ossia dati valutabili dal giudice, che in concreto, a causa della loro irrilevanza o intrinseca debolezza, risultano ininfluenti sulla proposizione da provare o addirittura ne costituiscono la prova negativa.

Alla stregua di questa ovvia conclusione si può facilmente sciogliere il ricorrente interrogativo che riguarda l’art. 192 comma 2 c.p.p., secondo cui «l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti». Gli ‘indizi’ costituiscono o no prove? Cade in una clamorosa contraddizione la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale quando afferma che con il richiamo «agli indizi gravi, precisi e concordanti si è voluto porre una regola che serva da freno nei confronti di usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove»¹⁰.

Se davvero gli indizi non costituissero ‘prove’, sarebbero oggetto di una regola di esclusione che impedirebbe ogni loro valutazione; e, anche se mille, gravi, precisi e concordanti, sarebbero *a priori* ininfluenti.

¹⁰ *Relazione al progetto preliminare* del 1978, 167 s. (l’articolo di riferimento del progetto era il 183).

L'art. 192 c.p.p. fissa, invece, un criterio di valutazione relativo al valore, al significato che gli indizi, *rectius* le 'prove indiziarie' possono assumere in ordine alla proposizione da provare, subordinando il buon esito della prova ai requisiti della gravità, precisione e concordanza; ma ogni criterio di valutazione, al contrario delle regole di esclusione, presuppone la natura di prova del dato a cui si riferisce; altrimenti, quel dato non sarebbe in alcun modo valutabile, perché estraneo al quadro probatorio, giuridicamente inesistente a tale fine.

In conclusione ogni 'indizio' ex art. 192 c.p.p. costituisce prova – ossia premessa probatoria, legittimamente valutabile dal giudice – ma, isolatamente considerato, non può produrre l'effetto di provare. Negare natura di prova agli indizi equivale a confondere la prova, come dato valutabile, con la questione del valore che in concreto può assumere¹¹. Le prove restano tali anche quando abbiano esito negativo; la qualifica di prova è logicamente antecedente alla sua valutazione e all'effetto che esercita sulla proposizione da provare.

In analogo errore cadono la Corte costituzionale e la Cassazione, quando affermano che nei provvedimenti cautelari il giudizio prognostico ex art. 273 c.p.p. è condotto «non su prove, ma su indizi»¹². Se ai fini delle misure cautelari non occorressero prove, bisognerebbe concludere che sul tema cautelare non vi sia nulla da provare, posto che, come si accennava, solo le prove possono 'provare'. Conclusione irragionevole, essendo evidente che ogni provvedimento cautelare esige la doppia prova dei *pericula libertatis* (pericolo di inquinamento delle prove, di fuga o della commissione di gravi delitti) e del *fumus boni iuris*. Si obietterà a

¹¹ Incappa in questa confusione Cass. 10 luglio 1996, in *Guida al diritto*, 2002, fasc. 48, 84: «La prova indiziaria è costituita dal complesso dei singoli indizi, ciascuno dei quali, quindi, non può avere da sé carattere esaustivo, giacché, altrimenti, sarebbe una prova e non un indizio. Non ha senso perciò affannarsi a dimostrare, per ogni indizio, che lo stesso non può essere assunto a base di un giudizio di responsabilità, in quanto suscettibile di interpretazioni diverse, perché questa è appunto la caratteristica che distingue l'indizio dalla prova e che sussiste, quindi, necessariamente, anche quando l'indizio, come previsto dall'art. 192 comma 2, sia 'grave' e 'preciso' (oltre che 'concordante' con gli altri indizi)».

¹² V. Corte cost. sentenza n. 131 del 1996; nello stesso senso, per la contrapposizione tra indizi e prove, Corte cost. sentenza n. 432 del 1995, nonché Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Cass. pen.*, 2003, 396, nt. 112.

quest'ultimo riguardo che la legge parla di «gravi indizi di colpevolezza» e non di 'prove'. Ma, in base alla struttura triadica della prova, è facile rispondere che la formula «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273 c.p.p., traducibile in 'probabile colpevolezza' o espressioni affini, non indica le premesse probatorie, ma la proposizione da provare, per la cui verifica naturalmente servono prove¹³.

In altri termini, tanto per la condanna quanto per i provvedimenti cautelari occorrono prove: tuttavia, mentre per la prima la proposizione da provare è la 'colpevolezza', per i secondi è solo la 'probabile colpevolezza'. E il medesimo discorso vale per i «gravi indizi di reato» richiesti per le intercettazioni di conversazioni (art. 267 c.p.p.)¹⁴: anch'essi, esattamente come i gravi indizi di colpevolezza, non costituiscono le premesse probatorie, ma la proposizione da provare.

6. PREMESSE PROBATORIE: PROVE DIRETTE E PROVE INDIRECTE

Le prove, intese come premesse probatorie, sono oggetto di molteplici classificazioni, tre delle quali assumono particolare rilievo: prove dirette/indirette; prove costituite/precostituite; dichiarazioni di prova/prove critico-indiziarie.

Nel linguaggio corrente si parla a volte di “prova diretta” con riguardo ai fatti che cadono sotto la percezione di chi li osserva: ad esempio, la prova diretta che “fuori piove” si avrebbe uscendo per accertarlo: così come la prova delle reali dimensioni di un oggetto si otterrebbe ispezionandolo. La prova diretta sarebbe insomma la “prova” del dottor Johnson, il lessicografo che, a dimostrare la realtà di una pietra, la prese a calci, confutando così la teoria solipsistica di Berkeley dell'inesistenza del mondo materiale.

Se si dovesse accettare questa nozione di prova diretta, bisognerebbe concludere che nel processo penale tutte le prove sono indirette perché il contenuto delle proposizioni da provare non cade mai sotto la

¹³ *Infra*, par. 20.

¹⁴ In proposito v. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 68 s.

diretta percezione del giudice; e meno che mai il fatto di reato di cui il giudice non può essere testimone. Di prova diretta si potrebbe parlare solo in rapporto all'ispezione svolta dal giudice stesso per verificare la realtà di un determinato oggetto. Qui, tuttavia, è preferibile escludere dalla nozione di prova il passaggio dalle percezioni all'oggetto percepito. Anzitutto perché il rapporto tra le percezioni – intese come stimolazioni sensoriali o irritazioni di superficie determinate dal contatto col mondo esterno – e le credenze che ne derivano non è di tipo epistemico o probatorio, ma causale. Le sensazioni possono essere le cause, ma non le ragioni delle proposizioni in cui si esprimono le nostre conoscenze, giacché la prova ha sempre carattere proposizionale; e, come dice Davidson, nulla può valere come giustificazione di una credenza se non un'altra credenza¹⁵.

In secondo luogo, perché sarebbe fonte di fastidiose complicazioni terminologiche affermare che l'ispezione di un oggetto è “prova” dell'oggetto stesso o che l'ascolto orale di un teste nel dibattimento è “prova” della testimonianza. Si dirà più semplicemente che il giudice traduce in enunciati osservativi i fatti e le cose direttamente percepite, assumendoli come premesse probatorie.

Di conseguenza, se nel processo si vuol parlare di prove dirette (o di primo grado) e di prove indirette (o di secondo, terzo, quarto grado, ecc.), la distinzione va reimpostata in questi termini. Per prove dirette si intendono quelle in cui tra la proposizione probatoria e la proposizione da provare non si interpongono proposizioni intermedie: ad esempio, il teste afferma x e x è la proposizione da provare. Prove indirette si intendono quelle in cui tra la proposizione probatoria e la proposizione da provare si innestano proposizioni intermedie che, messe in sequenza, assumono una doppia veste: proposizioni da provare rispetto alle proposizioni precedenti; premesse probatorie rispetto a quelle seguenti. Ad esempio, la testimonianza di N che afferma di avere appreso x da P è prova diretta quanto al fatto della narrazione ricevuta da P , ma indiretta rispetto al fatto x . E così un'intercettazione tra N e P che raccontano y è prova diretta quanto al dialogo tra N e P , ma indiretta rispetto ad y .

¹⁵ D. DAVIDSON, *Una teoria coerentista della verità e della conoscenza* (1983), in A. BOTTANI-C. PENCO (a cura di), *Significato e teorie del linguaggio*, Bompiani, Milano, 1991, 116.

In realtà, più che una singola prova, la prova indiretta costituisce una combinazione di due o più prove che si dispongono in sequenza o, più precisamente, ad incastro¹⁶: la proposizione provata dalla c.d. prova indiretta si converte in premessa probatoria rispetto ad una nuova e diversa proposizione da provare. ‘Testimonianza indiretta’ è un’espressione riassuntiva con la quale si designano due racconti, quello di primo grado che narra un avvenimento e quello di secondo grado, collocato a un livello superiore, che è un metaracconto, ossia un racconto sul racconto. Da notare che, dal punto di vista strettamente linguistico, la prospettiva potrebbe essere invertita. Il metalinguaggio è un linguaggio in cui si parla di un altro linguaggio, con la conseguenza che il metaracconto dovrebbe essere il racconto primo, al cui interno se ne colloca un secondo, il racconto-oggetto. Ma in questa sede è preferibile seguire l’opinione corrente che considera di secondo grado il racconto sul racconto.

7. PROVE PRECOSTITUITE E PROVE COSTITUITE

Prove costituite sono quelle formate all’interno della sede processuale latamente intesa, che include anche l’attività svolta dagli organi inquirenti: dichiarazioni rese da testi ed imputati, ricognizioni, confronti, perizie, esperimenti giudiziari, ecc. Prove precostituite sono tutte le altre, ossia le prove appartenenti ad una realtà esterna al processo (cose pertinenti al reato, dichiarazioni extraprocessuali, documenti, fotografie, videoregistrazioni, impronte digitali, e, più in generale, qualsiasi accadimento del mondo esterno che possa assumere rilevanza per la prova del fatto imputato). Quando si tratti di cose materiali, sono immesse nel processo – “acquisite” in termini tecnici – mediante un’attività di apprensione come il sequestro, talora preceduto dalla perquisizione; o, quando si tratti di discorsi, tramite mezzi come la testimonianza indiretta di chi li abbia percepiti, la registrazione su supporto magnetico da parte di uno degli interlocutori o l’intercettazione¹⁷.

¹⁶ *Infra*, par. 13.

¹⁷ La dicotomia, qui menzionata, tra prove precostituite e prove costituite corrisponde, nel linguaggio processualcivilista, a quella tra prove costituite e prove costituende.

Prove precostituite e prove costituite si intrecciano spesso tra loro. È il caso della testimonianza indiretta che, nella sua forma tipica, è il racconto di un racconto (per questo si chiama anche testimonianza *de relato* o di secondo grado o, ancora, meta-testimonianza). La testimonianza indiretta è prova costituita quanto al racconto del teste indiretto che depone nel processo, ma è prova precostituita quanto al racconto riferito; naturalmente, il teste diretto può essere chiamato a deporre nel processo, su istanza della parte o d'ufficio dal giudice, nel qual caso si avrà un terzo racconto che, al pari di quello del teste indiretto, è prova costituita¹⁸. Analoga sovrapposizione si ha nell'intercettazione, che è prova costituita quanto al supporto su cui è registrata la conversazione, ma prova precostituita quanto alla conversazione stessa, che si è svolta fuori dal procedimento¹⁹.

8. DICHIARAZIONI DI PROVA E PROVE CRITICO-INDIZIARIE

Molto importante è la distinzione tra dichiarazioni di prova (o prove storiche o funzioni narrative) e prove critico-indiziarie, in ordine alla quale va subito premesso che il secondo termine non coincide, anzi ha poco a che spartire con il concetto di 'indizi' che traspare dall'art. 192 comma 2 c.p.p. .

Per comprendere il senso dell'antitesi si prenda una qualsiasi proposizione da provare, ad esempio quella che descrive il fatto *x*, oggetto di prova. La prova del fatto *x* può svolgersi in due diversi modi o tecniche di prova²⁰:

a) attraverso la narrazione di qualcuno che lo asserisce come vero e se ne rende per così dire garante (è la figura tipica del testimone, ma, più

¹⁸ Per le ragioni già esposte è preferibile considerare ogni racconto come prova; e, quindi, la testimonianza indiretta come sequenza di due prove dichiarative (v. anche *infra*, par. 14).

¹⁹ Sulla complessa struttura dell'intercettazione, v. *infra*, par. 12.

²⁰ Sulla distinzione v. soprattutto F. CARNELUTTI, *La prova civile* [1915], Giuffrè, Milano, 1955, 92 s.; F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, 576 s.; ma cfr. anche F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, 298 s.; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1992, 53 s.

in generale, di chiunque affermi qualcosa a titolo di verità nell'ambito di un discorso che non sia di finzione); quindi attraverso un processo comunicativo fondato sulla trasmissione di un sapere attraverso i segni linguistici;

b) attraverso un qualsiasi altro fatto *y*, diverso dalla narrazione di *x*, dal quale si possa, mediante un ragionamento critico, fondato sulla scienza o sull'esperienza corrente, indurre il fatto *x*.

Chiariamo il concetto con un esempio, del tutto indipendente dal processo penale, ma significativo. Che ieri piovesse nel tal luogo si può 'provare' attraverso qualcuno che lo afferma o mediante le tracce di bagnato rimaste sul terreno. Nel primo caso la prova è dichiarativa (detta anche "dichiarazione di prova" o "funzione narrativa"), in quanto il fatto da provare è già espresso con i segni linguistici dalla stessa premessa probatoria (dove si afferma che ieri pioveva); nel secondo è critico-indiziaria, perché il fatto da provare non è verbalizzato nella premessa probatoria ma da questa indotto – *rectius*, abdotto – in base a relazioni di causa-effetto (l'acqua sul terreno è il segno naturalistico e non linguistico della pioggia).

La differenza strutturale è chiara. La prova dichiarativa contiene già in sé la descrizione del fatto da provare, per cui l'esito positivo o negativo dipende dalla fede che si presta al dichiarante. In questo genere di prova la proposizione da provare si limita ad oggettivare e a sanzionare come vero ciò che nella premessa probatoria è asserito da qualcuno (nell'ipotesi tipica, il teste). Se la premessa probatoria è "Tizio afferma che *x*", la proposizione da provare è "*x*" (o, se si preferisce, "è vero che *x*"); la seconda proposizione è già interamente contenuta nella prima. Nella prova critico-indiziaria, invece, la proposizione da provare è inespressa e va individuata con un'attività di decifrazione, più o meno complessa, che implica competenze di tipo empirico, tratte dalla scienza e dall'esperienza corrente. Tutte le prove che non sono dichiarative sono per esclusione critico-indiziarie; non esistono categorie intermedie.

9. CRITERI IDENTIFICATIVI DELLA PROVA DICHIARATIVA. L'ATTO COMUNICATIVO

Correttamente intesa, la prova dichiarativa poggia, dunque, su due connotati. Il primo è di essere un atto comunicativo, volto a trasmettere intenzionalmente un'informazione attraverso segni linguistici, ossia con

mezzi idonei a significare nel senso non naturalistico dell'espressione: significato naturale è quello che compare in frasi come le nuvole significano pioggia, o la febbre significa influenza, mentre significato non naturale è quello che compare in frasi come *pluie* significa *pioggia* o il suono del campanello significa la fine della lezione o i rintocchi della campana significano le ore²¹.

La prova dichiarativa, specie quella costituita nel processo, si svolge di regola attraverso il linguaggio verbale che per definizione è un mezzo comunicativo. Ma, fuori dal processo, un'informazione può essere intenzionalmente trasmessa anche attraverso segni non verbali, idonei a funzionare come un linguaggio (gesti, colori, fiori, bandiere, disegni, ecc.); nel qual caso non sempre è facile comprendere se si sia o no in presenza di un intento comunicativo e, quindi, rispettivamente, di una prova dichiarativa o di una prova critico-indiziaria. Stabilire se un comportamento non verbale sia o no 'comunicativo' assume una precisa rilevanza agli effetti delle videoregistrazioni in ambienti domiciliari: come si sa, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'autorità giudiziaria possa disporle, applicando la disciplina delle intercettazioni ambientali, solo se destinate a riprodurre contegni di tipo comunicativo²².

Il criterio di demarcazione, chiaro a livello teorico ma di non semplice applicazione pratica, è quello indicato da Paul Grice, così riassumibile: *S* ha voluto dire qualcosa con *x* quando *S* ha avuto l'intenzione che *x* producesse un certo effetto sull'ipotetico destinatario attraverso il riconoscimento di questa intenzione²³. Solo a queste condizioni si può

²¹ Mentre il significato non naturale può essere indicato tra virgolette, l'indicazione sarebbe priva di senso per quello naturale: possiamo dire che *pluie* significa "pioggia" o che il verde del semaforo significa 'via libera', ma non diremmo che le nuvole significano "pioggia" o che la febbre significa 'influenza'.

²² Corte cost. sentenza n. 135 del 2002. Sul tema v. BOZIO, *La prova atipica*, in P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 77 s.

²³ P. GRICE, *Logica e conversazione* (1989), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1993, 58. Così, sfogliando un album di fotografie posso trasmettere a chi mi è accanto informazioni, senza intento comunicativo; ma, se eseguiessi dei disegni sui medesimi oggetti, realizzerei un contegno comunicativo. La fotografia, infatti, non è, almeno di regola, un mezzo comunicativo, il disegno può esserlo. Nel disegno, infatti, la cosa rappresentata, sussista o no nel reale, deriva interamente

dire che con *x* si sia realizzato un atto comunicativo. E naturalmente se, a fini probatori, *x* (in ipotesi, un gesto o altro contegno non verbalizzato) funzioni in senso dichiarativo o critico-indiziario dipende da come lo decifra il giudice, a seconda che vi legga o no l'intento comunicativo.

Preliminare alla valutazione della prova dichiarativa è, dunque, l'esatta individuazione dell'informazione che l'emittente intende trasmettere attraverso il riconoscimento della sua intenzione di trasmetterla. Non costituiscono prove dichiarative le emissioni verbali in stato di incoscienza (sonnambulismo, narcoanalisi); e, in base ad un'elementare regola di civiltà codificata nell'art. 188 c.p.p., altrettanto dicasi per quelle rese in stato di costrizione fisica o psichica.

Perché si realizzi un atto comunicativo occorrono, dunque, tre condizioni: a) la trasmissione di un'informazione; b) l'intenzione di trasmettere l'informazione; c) l'intenzione che l'informazione sia ricevuta attraverso il riconoscimento dell'intenzione di trasmetterla. Essendo sufficiente la doppia intenzionalità dell'emittente (in rapporto a *b* e *c*), resta, invece, irrilevante che la comunicazione giunga a buon esito, ossia che il destinatario riceva il messaggio e riconosca l'intento comunicativo: anche ciò che si scrive in un appunto o in diario è atto comunicativo, indipendentemente dalla circostanza che qualcuno lo legga.

Esemplifichiamo i concetti, immaginando che Tizio, seduto al tavolo di un ristorante, agiti il bicchiere vuoto. Possiamo distinguere le seguenti situazioni. Nella prima il soggetto, utilizzando il gesto come un linguaggio, intende apertamente trasmettere al personale l'invito a servirgli da bere; in tal caso si realizzano le tre componenti della comunicazione, anche se, come vedremo, questa non è di tipo propriamente dichiarativo, trattandosi di un ordine che in sé non è né vero né falso.

dall'intenzionalità di chi la disegna; nella fotografia (s'intende, non truccata) la cosa rappresentata, necessariamente reale, 'è stata' davanti all'obiettivo e i suoi raggi luminosi si sono impressi sul supporto che, attraverso meccanismi chimici o elettronici, ha prodotto l'immagine. Come scriveva Roland Barthes, a differenza del disegno o della pittura che possono «simulare la realtà senza averla vista», la fotografia «è letteralmente un'emanazione del referente. Da un corpo reale, che era là, sono partiti dei raggi che raggiungono me, che sono qui» (*La camera chiara* [1980], trad. it., Einaudi, Torino, 2003, 77). Naturalmente, il 'realismo' della fotografia non deve indurre a confondere l'immagine con il referente di cui costituisce solo un effetto, una traccia: v *infra*, par. 12.

Nella seconda Tizio, senza palesare le sue intenzioni, vuole indurre il personale a servirgli da bere, col proposito che il suo gesto non sia recepito come una richiesta, ma sia decifrato come un segno naturale (quindi, critico-indiziario) di sete: qui si realizzano le prime due condizioni (la trasmissione di un'informazione e l'intento informativo), ma manca l'ultima condizione dell'atto comunicativo, perché l'informazione è trasmessa senza la volontà che sia riconosciuto l'intento informativo.

Nella terza, infine, il soggetto agita il bicchiere perché assetato o, semplicemente, perché nervoso, ma senza alcuna intenzione informativa: in tal caso, si realizza solo la prima condizione, perché il gesto, pur idoneo a tramettere varie informazioni in chiave critico-indiziaria, è slegato da qualsiasi proposito informativo. È evidente che solo nel primo caso il gesto funziona propriamente come un linguaggio, ossia trasmette significati nel senso non naturalistico della parola.

Trattandosi di un criterio imperniato sulle intenzioni dell'emittente, non è sempre agevole accertare se il gesto abbia o no carattere comunicativo: il solo mezzo per decifrarlo è un'attenta analisi del contesto.

10. L'ENUNCIATO APOFANTICO

Perché la prova sia dichiarativa non è sufficiente che si risolva in un atto comunicativo. Occorre che gli enunciati dell'atto comunicativo siano veri o falsi. L'essenza della prova dichiarativa sta nel certificare come vero ciò che si asserisce, indipendentemente dall'essere o no previste sanzioni per il falso. La proposizione da provare – che per definizione è vera o falsa – dev'essere già interamente espressa nella premessa probatoria, con la conseguenza che costituiscono prove dichiarative solo gli enunciati apofantici, ossia soggetti all'alternativa vero/falso. Non sono tali i comandi, i suggerimenti, i consigli, le minacce, le promesse e, in generale, tutto il discorso di finzione o di fantasia (romanzi, favole, fantascienza, ecc.), per il fatto stesso che, non essendo né veri né falsi, non possono asserire la proposizione da provare. Ogni atto dichiarativo è, al tempo stesso, comunicativo, ma non ogni contegno comunicativo veicola dichiarazioni.

Questo non significa che gli enunciati non soggetti all'alternativa vero/falso siano privi di valore probatorio; ma più semplicemente che

saranno valutabili in chiave critico-indiziaria rispetto ad una proposizione diversa da quella (né vera né falsa) in essi verbalizzata. Ad esempio, una minaccia o un ordine, pur non avendo natura dichiarativa, possono assumere per il loro contenuto una notevole rilevanza probatoria nella ricostruzione dei fatti per cui si procede. La distinzione tra atti dichiarativi e non dichiarativi è essenziale per delimitare l'ambito operativo del criterio di valutazione che vieta di provare la colpevolezza sulla base delle *dichiarazioni* rese da chi si è sempre sottratto per libera scelta al contraddittorio (artt. 111 comma 4 Cost., 526 comma 1-bis c.p.p.).

11. PROVE CRITICO-INDIZIARIE

Più che sulla base di specifici connotati la prova critico-indiziaria va definita in via residuale, sottraendo dall'intero sistema delle prove quella dichiarativa. Tutto ciò che non è prova dichiarativa, ossia non trasmette informazioni attraverso il linguaggio (sia o no verbale), è per esclusione prova critico-indiziaria: tali sono le fotografie, le videoregistrazioni, le impronte digitali, il dna, gli oggetti pertinenti al reato, e, più in generale, qualsiasi fatto che abbia rilevanza induttiva ai fini della prova del reato.

La prova critico-indiziaria è in senso propriamente comunicativo muta, perché non esprime né descrive il fatto da provare, ma ne è semmai il segno naturale, la traccia non linguistica. La prova indiziaria – come suggerisce l'etimo (*index*) – è un 'indice': addita, ma non dice, non 'parla' nel senso letterale del verbo. L'aggettivo "critico-indiziaria" sta ad indicare l'attività di decifrazione che svolge il giudice per risalire dal fatto probatorio a quello da provare. In altri termini, mentre nelle funzioni narrative la proposizione da provare è già contenuta ed espressa nella premessa probatoria (la dichiarazione di prova), nella prova critico-indiziaria la proposizione da provare dev'essere individuata dai soggetti interessati, il cui impegno critico si esplica su ciò che la prova può significare nel senso naturalistico della parola, che designa per lo più relazioni di causa-effetto²⁴.

²⁴ La circostanza che nella fotografia o nella videoregistrazione il fatto da provare sia 'rappresentato' con chiarezza non equivale a dire che sia 'enunciata' o 'espressa' la proposizione da provare.

Più complessa la classificazione degli oggetti-utensili costruiti dall'uomo allo scopo di significare, come i segnali, le spie luminose, le maniche a vento, ecc. Qui la componente comunicativa si sovrappone a quella critico-indiziaria; ad esempio, la comparsa del verde in un semaforo può essere decifrata tanto in chiave critico-indiziaria, come l'effetto di certi impulsi elettrici, quanto in chiave comunicativa, come messaggio di via libera. Per comprendere la parte critico-indiziaria serve un sapere tecnico-scientifico, per intendere quella comunicativa una competenza semantica.

Per le ragioni già esposte sono prove di tipo critico-indiziario anche gli enunciati non soggetti all'alternativa vero/falso, come comandi, promesse, ordini, ecc.: vi è l'intento comunicativo, ma il contenuto della comunicazione, non asserendo nulla come vero, può solo costituire la premessa critico-indiziaria per una diversa proposizione da provare. Se qualcuno afferma che la porta è aperta, si è in presenza di una prova dichiarativa rispetto alla circostanza che la porta sia aperta: e, infatti, nella proposizione probatoria è già linguisticamente espressa la proposizione da provare (l'apertura della porta). Ma, se qualcuno ordina di chiudere la porta, è solo in via critico-indiziaria che dall'ordine si può indurre che la porta è aperta: la proposizione probatoria non contiene quella da provare, essendo diversi i rispettivi referenti (la chiusura e l'apertura della porta).

Da notare, infine, che per la valutazione di attendibilità delle prove dichiarative, specie di quelle assunte oralmente nell'istruzione dibattimentale, assumono grande rilevanza una serie di indici riconducibili alla logica delle prove critico-indiziarie: i tratti paralinguistici o prosodici del discorso, le lacune, i *lapsus* in cui sia incorso il dichiarante e, più in generale, tutta la produzione segnica non intenzionale che accompagna le emissioni verbali, così preziosa per decifrare le menzogne. A screditare un discorso, può essere, talvolta, lo stesso atteggiamento di chi lo proferisce²⁵.

In situazioni limite, può accadere che un atto comunicativo – poco importa se dichiarativo o no – sia decifrato dal destinatario in chiave

²⁵ Tuttavia, per quanto importante, l'influenza dei tratti prosodici sul convincimento del giudice resta per lo più confinata in sede psicologica, non essendo facile renderne conto in sede di motivazione, specie quando non sia disponibile la videoregistrazione.

critico-indiziaria attraverso una lettura ‘a rovescio’ o ‘di traverso’, nella quale le parole sono assunte non per quel che significano, ma per ciò che possono veicolare di falso o di non espresso. È quanto capita con i maldestri mentitori, le cui modalità espressive a volte sono così eloquenti da convertire un’affermazione in negazione o viceversa; e altrettanto con le persone affette da riserve mentali o che intendono trasmettere in forma criptica un’informazione diversa da quella di cui si assumono la responsabilità come emittenti.

Inutile chiedersi se siano più affidabili le prove dichiarative o le prove critico-indiziarie. Le prime possono mentire; le seconde essere alterate, e, quando siano genuine, la loro efficacia persuasiva varia a seconda del legame che sussiste tra il fatto probatorio e il fatto da provare: più forte nel caso di prove critico-indiziarie fondate su leggi scientifiche, più debole se basate sull’esperienza corrente o su inferenze di natura psicologica.

12. PROVE CRITICO-INDIZIARIE ARTIFICIALI E NATURALI: LA STRUTTURA COMPLESSA DELL’INTERCETTAZIONE

Le prove critico-indiziarie possono essere distinte in artificiali o naturali a seconda che siano o no congegnate dall’artificio umano allo scopo di provare (*rectius, anche* di provare, non essendo necessario che questa sia la loro unica funzione). Tra le prime, la fotografia, la registrazione di suoni o di immagini, le quali a loro volta possono essere costituite o precostituite a seconda che siano o no disposte nella sede processuale latamente intesa (ad esempio, la registrazione di un dialogo ad opera di un privato è prova precostituita, mentre è costituita in quanto sia disposta da organi inquirenti nel corso delle loro indagini, come accade con l’intercettazione). Tra le seconde, le cose pertinenti al reato, le impronte digitali e qualsiasi fatto induttivamente rilevante per la ricostruzione della condotta criminosa.

È evidente che le prove artificiali, proprio in quanto destinate a provare, sono in genere ad alta attendibilità; e non stupisce che, quando sono orientate in senso accusatorio, la difesa sia spesso indotta a ripiegare su riti alternativi in vista di una riduzione della pena. Nella registrazione di suoni o di immagini la forza di rappresentazione è tale da evocare la presenza stessa del referente nella sua materialità (persone, dialoghi o

fatti); il passaggio dalla prova (il mezzo di rappresentazione) alla proposizione da provare (l'oggetto della rappresentazione) è così immediato e intransigente da risolversi quasi in una coincidenza, in un cortocircuito che lascia scarso spazio a controdeduzioni.

La sensazione è di una sorta di resurrezione del passato, come se la conversazione (o la scena) si presentasse nella sua realtà, priva di qualsiasi intermediario. Ma, senza negare l'elevata affidabilità di queste tecniche, occorre essere consapevoli che è un effetto illusorio: nella migliore delle ipotesi si è soltanto di fronte alla traccia sonora o luminosa di ciò che 'è stato' il referente della prova; e, nella peggiore, davanti alla sua contraffazione. Come insegna il quadro di René Magritte ('Questa non è una pipa'), non si deve confondere l'immagine con la realtà, la rappresentazione con l'oggetto rappresentato. Il che, ovviamente, non esclude la differenza strutturale, già illustrata, tra disegno e fotografia (o videoregistrazione) nel rapporto con il referente²⁶. Mentre nel disegno la cosa rappresentata, sussista o no nel reale, deriva interamente dall'intenzionalità di chi la riproduce, nella fotografia o nella videoregistrazione (s'intende, non truccata) il referente, necessariamente reale, 'è stato' davanti all'obiettivo che ne ha prelevato, per così dire, l'impronta.

È in questa chiave che va analizzata, nella sua complessità, l'intercettazione di conversazioni (o, *mutatis mutandis*, la videoregistrazione)²⁷. Il codice la classifica, insieme alle ispezioni, perquisizioni e sequestri, come semplice mezzo di ricerca della prova, probabilmente per effetto di quell'illusione "referenziale" che porta ad assimilare la registrazione di una conversazione al prelievo di un oggetto che si esegua nel corso della perquisizione. In realtà, mentre la perquisizione porta all'apprensione di qualcosa che preesiste ed è quindi indipendente dall'attività di ricerca, l'intercettazione non 'preleva' la conversazione, ma ne costituisce la traccia impressa sul supporto. La traccia, quando non sia alterata, è l'effetto della conversazione che si è svolta; e, poiché questa, come evento del passato, non è più disponibile, la riproduzione sonora (o visiva) ne diventa la prova; con un'inferenza di carattere

²⁶ V. *retro*, la nota 23.

²⁷ V. ampiamente, A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 14 s.; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., 2000.

‘abduktivo’, tipica del processo penale, dal fatto del presente (i suoni registrati) si ricava quello del passato (la conversazione nel reale); dall’effetto, ottenuto grazie alla mediazione dell’artificio umano, si risale alla causa.

Con la perquisizione si *trova* un oggetto da sequestrare, con l’intercettazione si *elabora*, si costruisce la prova di una conversazione. Naturalmente nessuno può negare che l’inferenza, con cui dall’ascolto del nastro (o dalla visione filmica) si risale alla realtà della conversazione (o della scena registrata), sia di altissima attendibilità, tale da apparire quasi inconfutabile, salve le possibili contraffazioni; e per questa ragione, come si notava, quando la prova a carico deriva da intercettazioni o (videoregistrazioni), la difesa ripiega spesso su un rito negoziale, in vista di una riduzione della pena.

In sintesi, nell’intercettazione si possono concettualmente isolare tre profili. Quanto allo strumento che capta la conversazione, l’intercettazione è, al tempo stesso, *mezzo di ricerca e di formazione* della prova; quanto al supporto magnetico, su cui è registrata la conversazione, è *prova critico-indiziaria*, formata in sede processuale, della conversazione stessa; la quale, a sua volta, è *prova dichiarativa*, formata fuori dal processo, di ciò che viene in essa affermato (o prova critico-indiziaria relativamente agli enunciati né veri né falsi).

13. “SEQUENZE” E “CONVERGENZE” PROBATORIE

Come accade per le prove precostituite e costituite, anche le dichiarazioni di prova e le prove critico-indiziarie possono combinarsi in vario modo. Si dispongono ‘a raggera’, quando convergono verso la medesima proposizione da provare; nel qual caso si irrobustiscono reciprocamente, rafforzando l’esito positivo della prova: ad esempio, un’impronta digitale e una testimonianza concordano nel segnalare il passaggio dell’imputato in un certo luogo e, insieme, assumono un valore probatorio superiore a quello della loro semplice addizione. Si dispongono ‘in sequenza’, quando la prima proposizione provata diventa premessa probatoria rispetto ad una nuova proposizione da provare, e così di seguito; nel qual caso, la forza probatoria scema al crescere dei passaggi, perché ognuno di essi sconta la fallibilità dei precedenti.

Si possono ipotizzare quattro tipi di combinazione “a sequenza”:

a) una prova critico-indiziaria su una dichiarazione di prova: ad esempio, la registrazione (prova critico-indiziaria) di un dialogo (prova dichiarativa) o la fotocopia di un documento scritto;

b) una dichiarazione di prova su una prova critico-indiziaria: ad esempio, la testimonianza di qualcuno che asserisca (prova dichiarativa) di avere visto l'imputato aggirarsi sul luogo del reato (prova critico-indiziaria del reato);

c) una prova critico-indiziaria su una prova critico-indiziaria: ad esempio, una fotografia o una videoregistrazione (prove critico-indiziarie del fatto rappresentato) che documentino la presenza dell'imputato in prossimità del luogo del reato (prova critico-indiziaria del reato);

d) una prova dichiarativa su una prova dichiarativa: ad esempio, la testimonianza indiretta o, più generale, il racconto di un racconto.

14. PROPOSIZIONI DA PROVARE

Nell'ambito delle proposizioni da provare occorre praticare una doppia distinzione. La prima è tra le proposizioni *finali*, che sono quelle già individuate dal legislatore come oggetto di prova, e le proposizioni *intermedie* in cui può eventualmente articolarsi la sequenza probatoria, nel senso già illustrato. La seconda, che opera all'interno delle proposizioni finali, è tra la proposizione *principale*, che è rappresentata dalla colpevolezza, e le proposizioni *incidentali* costituite da altri temi di prova su cui il giudice può essere chiamato a decidere: ad esempio, la condotta illecita *ex art. 500 comma 4 c.p.p.*, i gravi indizi di colpevolezza e i *pericula libertatis* nei provvedimenti cautelari (artt. 273-274 c.p.p.), i gravi indizi di reato nelle intercettazioni di conversazioni (art. 267 c.p.p.).

Il tenore delle proposizioni finali contribuisce, insieme al rito prescelto, a definire il materiale probatorio utilizzabile a fini decisori. Viene qui in rilievo il c.d. relativismo probatorio per effetto del quale ciò che è prova sul tema *x*, può non esserlo sul tema *y*: ad esempio, per la colpevolezza vale la regola del contraddittorio nella formazione della prova (con le eccezioni previste dalla Costituzione), mentre per i temi cautelari sono utilizzabili anche prove raccolte unilateralmente. E ancora,

dato che ogni processo va svolto e definito nei confronti di singoli imputati (anche nel caso in cui fosse disposta la riunione dei giudizi), ciò che è valutabile come prova nei riguardi di un imputato, può non esserlo nei confronti di un altro: si pensi all'incidente probatorio al quale sia rimasta estranea la difesa di un coimputato.

Mentre la proposizione principale, in quanto rappresentata dalla colpevolezza per il fatto imputato, è facilmente identificata, non è sempre agevole estrarre dal *continuum* della legge processuale le proposizioni relative ai temi incidentali. Accade così che, non essendo individuata la proposizione da provare, si aprano interminabili discussioni in ordine alle regole di giudizio da seguire su quei temi. Dispute improduttive, anzi fuorvianti. Non ha senso interrogarsi sulla regola da seguire se prima non si è identificato con chiarezza l'oggetto del giudizio: il 'cosa provare', ossia la ricerca della proposizione da provare, è logicamente anteriore al 'come provare', ossia alla regola di giudizio che indica a quali condizioni la prova sia raggiunta. La confusione tra i due aspetti alimenta la fallace idea che sui temi incidentali operino regole di giudizio alternative a quella che vale per il tema principale, mentre la differenza nella prova dei vari temi va ricercata nella proposizione da provare; non nella regola di giudizio che - ove non sia diversamente disposto - è una sola, imposta dalla logica.

Occorre, dunque, individuare con assoluta priorità la proposizione da provare, che è veicolata dal termine 'marcato' di ogni alternativa decisoria²⁸. Sta qui la maggiore difficoltà, essendo a volte problematico stabilire quale, fra i termini dell'alternativa, contenga la proposizione da provare. Ad esempio, nessun dubbio che nell'alternativa condanna proscioglimento il termine marcato sia la condanna, che contiene per l'appunto l'affermazione della colpevolezza; meno semplice, come si vedrà, individuare il termine marcato e, di conseguenza, la proposizione da provare, nell'alternativa tra il non luogo a procedere e il rinvio a giudizio o nei provvedimenti cautelari

Identificata la proposizione da provare, la regola di giudizio, che risolve i casi di incertezza, è molto semplice e di generale applicazione. Salvo espressa deroga, nessuna proposizione, che costituisca tema, principale o incidentale, del processo, può essere affermata dal giudice se non ne sia

²⁸ Sulla distinzione tra termine marcato e termine consequenziale v. *infra* par. 21.

data la prova piena, in tutte le sue componenti; e ‘prova piena’ significa invariabilmente prova ‘oltre ogni ragionevole dubbio’²⁹. È una regola logica che non esige d’essere codificata; anzi, tradurla in legge relativamente a singoli temi può riuscire dannoso, nella parte in cui lascia supporre che, altrove, valga un diverso regime. L’intervento del legislatore ha un senso solo in quanto intenda deviare in sede processuale dalla regola appena esposta, modificando lo *standard* probatorio (così per la prova delle cause di giustificazione) o convertendo un fatto costitutivo in fatto impeditivo (così per le esigenze cautelari, relativamente ad alcuni gravi delitti).

15. L’ATTO DEL PROVARE E IL RAGIONAMENTO ABDUTTIVO

Caratteristica fondamentale della prova nel processo penale è che l’inferenza non si svolge secondo la logica deduttiva, ossia con un metodo in cui la conclusione discende necessariamente dalle premesse, secondo l’implicazione del tipo ‘se A allora B’, dove è impossibile che B sia falsa se A è vera; ma attraverso un meccanismo di tipo *abduttivo*, con il quale dai fatti del presente, ossia dalle prove, si risale al fatto del passato in cui consiste in via d’ipotesi la colpevolezza.

Tutti conoscono il celebre esempio di ‘abduzione’ illustrato da Peirce. Sul tavolo vi è un sacchetto aperto di fagioli bianchi e lì vicino, sparsi, alcuni fagioli bianchi. L’osservatore può ‘abdurne’, con tutti i rischi di errore che ciò comporta, che i fagioli sparsi provengano da quel sacchetto. C’è chi dice che nell’abduzione ‘si tira ad indovinare’, altri che ‘si va alla ricerca della migliore spiegazione’; e c’è del vero in entrambe le prospettive. Si tira a indovinare perché nulla garantisce che i fagioli provengano dal sacchetto per il solo fatto di trovarsi in prossimità e di essere bianchi; ma al tempo stesso, se non disponiamo di altri dati, quella conclusione può apparire come la migliore, la più attendibile spiegazione; il che – si ripete – non significa ancora che sia giusta e neppure che sia una buona spiegazione; potrebbe essere semplicemente la meno debole rispetto ad altre debolissime.

Ora il metodo che nel processo penale segna il passaggio dai fatti del presente, rappresentati dalle prove, al fatto del passato, costituente in

²⁹ *Infra* par. 16.

ipotesi reato, è per l'appunto una specie del genere abduttivo. Mentre è il passato (la causa) a determinare il presente (l'effetto) – le prove sono le tracce, gli effetti del reato – il giudice è costretto ad invertire i termini dell'implicazione. Anziché muovere dall'antecedente verso il conseguente (come avviene nelle leggi scientifiche), egli procede a ritroso dal conseguente verso l'antecedente, come è tipico del ragionamento abduttivo. Se la regola di implicazione afferma che 'se è A, allora segue B', il giudice la inverte ricavando A dalla presenza di B; inferenza che, valutata dal punto di vista deduttivo, costituirebbe la c.d. fallacia dell'affermazione del conseguente.

Le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza, possono esclusivamente *sotto-determinarla*. Nel linguaggio della scienza, le prove sotto-determinano le teorie, nel senso che sono compatibili con una pluralità di teorie concorrenti. Altrettanto accade nel processo: quali che siano le prove a carico, in linea puramente logica, è sempre possibile ipotizzare una spiegazione diversa dalla colpevolezza dell'imputato³⁰.

Sta qui il dramma del processo: da un lato, vi è una forte pretesa di verità perché dalla condanna discendono pesanti conseguenze per la libertà dell'individuo e suonerebbe derisoria un'affermazione di colpevolezza che non aspirasse ad essere vera; ma, dall'altro, è una pretesa mai compiutamente realizzabile, avendo come oggetto quei fantasmi che sono i fatti del passato. Quali che siano gli strumenti offerti dal progredire della scienza, il passato non sarà mai oggetto di "scoperta", ma soltanto di "ri-costruzioni", insuscettibili di confronto con l'originale. Si potrebbe definire il giudice come una Cassandra alla rovescia: con gli occhi fissi sul presente, profetizza le sciagure del passato. Con la differenza che chi profetizza il futuro si espone a una smentita, chi ricostruisce il passato no o, comunque, molto meno.

Come conciliare, allora, l'elementare esigenza che la colpevolezza non sia solo il frutto di ipotesi con l'impossibilità di raggiungere

³⁰ Cfr. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 69 s.; TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2014, 165 s. Sul carattere probabilistico delle inferenze nel processo v. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 623 s.

un'assoluta certezza? Il ragionamento abduttivo di per sé non offre sufficienti garanzie, consente solo la formulazione delle ipotesi, e non basta che una di queste appaia più attendibile. Che la colpevolezza sia la migliore tra le possibili spiegazioni del materiale probatorio può essere una ragione per rinviare a giudizio, per formulare un'accusa, non certo per condannare.

Emerge qui una netta differenza tra indagine preliminare e dibattimento. L'una e l'altro reggono su un meccanismo di tipo abduttivo. Ma, mentre nell'indagine preliminare si tratta di individuare l'ipotesi abduttiva, di mettere a punto la proposizione da provare, relativa al fatto del passato, nel dibattimento l'abduzione è ormai formulata, la proposizione da provare è già espressa. Occorre convalidarla. La colpevolezza, ipotizzata in via abduttiva, dev'essere *provata*; e 'provare', fuori dall'ambito deduttivo, significa verificare, giustificare la conclusione 'oltre ogni ragionevole dubbio'. Questa regola, già implicita nel concetto stesso di 'provare', è stata ufficialmente consacrata all'interno del processo penale italiano dall'art. 533 comma 1 c.p.p., come modificato dalla legge 20 febbraio 2006 n.46, meglio nota come 'legge Pecorella'.

16. LA REGOLA DELL'OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO: DUE MODELLI DI PROVA

L'essenza della regola – *rectius*, come vedremo, del principio – sta nel sintagma "ragionevole dubbio"³¹. È una formula che, da un certo punto di vista, appare chiara e trasparente, d'immediata comprensione.

³¹ Sul senso della formula «*colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio*» e sull'opportunità della sua introduzione nel sistema v. di chi scrive, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA-F. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, I ed., Giappichelli, Torino, 1999, 217. Per i riflessi della regola nella prova del nesso di causalità, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 53 s.; G. CANZIO, *L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 s.; F. CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*, in *Cass. pen.*, 2009, 1867 s.; ID., *L'accertamento della responsabilità penale 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 51 s. Da ultimo v. ampiamente E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Giuffrè, Milano, 2016.

Ma da un altro – forse, proprio perché si tratta di un concetto elementare, non ulteriormente riducibile – sfida ogni definizione.

Analizziamo le due principali componenti del concetto, iniziando dal sostantivo “dubbio”. Che nel processo il dubbio sulla responsabilità dell’imputato debba risolversi nella sentenza assolutoria, deriva dal fatto stesso che tema del processo non è l’innocenza ma la colpevolezza, come delineata nella fattispecie incriminatrice; ed è questa, dunque, a dover essere provata sino all’ultima molecola. Ritenerne ‘provata’ una proposizione della quale vi è ragione di dubitare appare, già a prima vista, una palese contraddizione e, sul piano linguistico, una falsificazione semantica.

In realtà, il discorso è più complesso perché esistono due distinti modelli di prova a cui corrispondono due sotto-significati di ‘provare’: il modello delle scienze formali e quello delle scienze empiriche, al quale appartiene anche la prova nel processo penale. Il primo è il modello della prova intesa come ‘dimostrazione’, dove le premesse ‘determinano’, ossia implicano deduttivamente la conclusione, non essendo possibile che le prime siano vere e falsa la seconda; qui la prova ben può dirsi raggiunta ‘oltre ogni dubbio’, con una forza tale da imporsi come necessaria per ogni persona cognitivamente lucida.

Il secondo è il modello della prova intesa come argomentazione, in cui le premesse ‘sotto-determinano’ la proposizione da provare, ossia la rendono più o meno probabile, più o meno fondata, non essendovi garanzia che l’essere provato come vero corrisponda necessariamente all’essere vero. Il passaggio dalle premesse alla proposizione da provare non avviene sulla base di regole linguistiche e connessioni logiche, come nella dimostrazione, ma in base a rapporti causali.

A quest’ultimo modello appartiene la prova nel processo penale. Quale che sia il grado di evidenza presente nel singolo processo, è sempre possibile mettere in dubbio, contestare la colpevolezza affermata dal giudice di merito. Se la colpevolezza dovesse discendere deduttivamente dalle prove, così da riuscire inconfutabile per qualsiasi persona razionale, ogni processo finirebbe con l’assoluzione. L’astuto penalista uscirebbe sempre vittorioso nel sostenere che manca la prova indubitabile della commissione del fatto, del dolo dell’imputato, della sua capacità di intendere e volere, ecc.

Di qui l’esigenza di moderare le pretese di verità, sostituendo alla categorica formula dell’oltre ogni dubbio ‘logico’ quella più modesta

e flessibile dell'oltre ogni 'ragionevole' dubbio: l'aggettivo 'ragionevole' esemplifica bene il fenomeno della sotto-determinazione, mostrando, come in una supplica, l'aspirazione, ma al tempo stesso l'impossibilità di raggiungere una sicurezza assoluta sulla verità della proposizione da provare. Si rinuncia allo *standard* deduttivo, per ottenere quel grado di persuasività e di fondatezza che è lecito pretendere nel settore empirico: nulla vieta di parlare di 'certezza' anche per le scienze empiriche, purché sia chiaro che non è la medesima certezza delle scienze deduttive.

Sul piano operativo la regola svolge una doppia funzione. Quella più palese è di garantire l'imputato dal rischio di una condanna ingiusta: il giudice può condannare solo quando la colpevolezza abbia trovato piena conferma nelle prove di accusa e nessuna significativa smentita in quelle a favore (altrimenti è doverosa l'assoluzione). Per riprendere una bella immagine di Wittgenstein, 'colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio' sta a significare che si è giunti a un punto, indeterminabile *a priori*, in cui la vanga del dubbio, che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando inaccettabile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza.

Ma, simmetricamente, la clausola vuole anche sottolineare che, se la colpevolezza è suffragata da un solido e coerente quadro probatorio, l'onesto riconoscimento della fallibilità degli accertamenti non deve impedire la condanna. Se il dubbio, astrattamente ipotizzabile, non appare "ragionevole", si può ritenere raggiunta la prova e assumere convenzionalmente il risultato come certo, data l'impossibilità di giustificarlo in termini assoluti e definitivi. È questo l'apporto più significativo dell'attributo 'ragionevole', che ci autorizza a considerare 'provata' una proposizione anche quando, in senso puramente logico, si può dubitare di essa. Suonerebbe provocatorio dire al condannato che la sua colpevolezza è 'sotto-determinata' dalle prove; e, nondimeno, l'aggettivo 'ragionevole', in opposizione a 'logico', esprime proprio un simile concetto.

17. "LA PROVA OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO" TRA REGOLA E PRINCIPIO: I C.D. CASI DIFFICILI.

Si parla comunemente di regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Ma si tratta realmente di una *regola* o piuttosto di un *principio*?

Riprendiamo la distinzione dworkiniana tra principi e regole³². I principi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del “più-o-meno”, quindi con la massima espansione o restrizione. Le regole sono proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa, secondo il modello “Se A, allora segue B”), applicabili nella forma del “tutto-o-niente”, quindi destinate ad essere osservate o trasgredite, senza scelte intermedie.

Esistono, tuttavia, proposizioni che, formalmente strutturate come regole, funzionano sostanzialmente come principi: una di queste è, per l'appunto, rappresentata dalla disposizione che subordina la condanna alla prova della colpevolezza ‘oltre ogni ragionevole dubbio’. La forma è quella di una regola, in quanto il giudice, che registri la permanenza di un ragionevole dubbio, è categoricamente tenuto ad assolvere. Ma di fatto la direttiva opera come un principio, perché la verifica sulla ragionevolezza o no del dubbio viene a dipendere da complessi giudizi di valore che stanno al di là della regola e che rendono estremamente elastica la valutazione del giudice.

Espressioni come “ragionevole”, “giusto”, “equo” presentano ai margini un alone di indeterminatezza, una zona grigia dalla quale possono scaturire opposte soluzioni, tutte legittime. Esistono casi ‘facili’, connotati da un quadro probatorio univoco, di fronte al quale ogni persona assennata concorderebbe nell’assolvere o nel condannare. Ma, per quanta resistenza vi sia ad ammetterlo, vi sono altri contesti – i c.d. casi ‘difficili’ – dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l’assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l’una e l’altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che *quella* sia la decisione giusta, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità. Un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l’opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità: il dubbio che ad uno appare “ragionevole”, può risultare ad altri “irragionevole”. Discrezionalità

³² R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1982, 93 s. La distinzione è ripresa, nei rapporti tra diritto di difesa ed efficienza del processo, da R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 558 s.

significa, appunto, scelta tra più opzioni, ciascuna legittima³³, tanto sul terreno del giudizio storico quanto sul versante del giudizio di diritto; il che, beninteso, non giustifica atteggiamenti di tipo decisionista (se più opzioni sono legittime, tanto vale decidere a caso), dovendo il giudice impegnarsi nella ricerca di ciò che, con Dworkin, potremmo definire l'unica risposta 'giusta' (nella pluralità di quelle legittime).

Nessun giudice, ovviamente, dirà mai ad un condannato che con pari legittimità sarebbe stato assolto, né permetterà che traspaia dalla motivazione della sentenza; ma sarebbe un'ipocrisia negare la presenza di casi 'difficili' che nessun criterio legale di valutazione può eliminare. La linea che divide il colpevole dall'innocente è netta dal punto di vista ontologico; vaga da quello epistemico o conoscitivo, dove a separare l'assoluzione dalla condanna è la 'ragionevolezza' o no del dubbio.'

18. IL DUBBIO ... SULLA 'RAGIONEVOLEZZA' DEL DUBBIO.

Qualcuno obietterà che nei casi 'difficili', dove appaiono legittime più opzioni, occorre assolvere per il fatto stesso che si profila uno stato d'incertezza, quindi, di 'dubbio'. Ma è facile rispondere che, per quanto si estenda l'area dell'assoluzione, il confine che la divide dalla condanna rimarrà sempre vago. Si può ragionevolmente dubitare se ... il dubbio sia 'ragionevole', e così via, con un regresso all'infinito.

La legge impone l'assoluzione *dopo* che il giudice abbia ritenuto 'ragionevole' il dubbio sulla colpevolezza. Solo a *quel* punto interviene la regola di giudizio che, seppure non fosse espressa, discenderebbe già autonomamente dall'onere della prova gravante sull'accusa; nessun giudice condannerebbe un imputato, sulla cui colpevolezza sussista un dubbio ragionevole.

Ma le incertezze che possono determinare un'*impasse* decisoria si manifestano *prima*, quando occorre stabilire se il dubbio sia o no ragionevole; è in questa fase che la risposta può apparire problematica, a causa della zona d'ombra che connota il concetto di 'ragionevole'. Si spiegano così le accanite dispute che spesso si registrano in lunghe camere di consiglio.

³³ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice penale* [1989], Giuffrè, Milano, 1995, 16 s.

Qui nessun aiuto, nessuna regola di giudizio arriva dalla legge; a sciogliere il dilemma in un senso o nell'altro, a decidere se il dubbio, astrattamente ipotizzabile, sia o no 'ragionevole', è solo il giudice nella sua pesante responsabilità. E – sia detto di sfuggita – è proprio nello spazio incerto e nebuloso, aperto da quell'aggettivo, che più intensamente l'accusa e la difesa svolgono la loro attività retorico-argomentativa³⁴; maggiore è la discrezionalità del giudice, e più cresce potenzialmente l'influenza delle parti, che viceversa tenderebbe a zero nel sistema di una prova intesa come dimostrazione matematica.

Per questo sbaglia chi s'attende dall'oltre ogni ragionevole dubbio una risposta univoca alle ricorrenti polemiche sulla prova del nesso di causalità in materie come la responsabilità medica, l'esposizione a sostanze nocive per la salute umana, ecc. La formula, come si accennava, nasce proprio dall'impossibilità di quantificare il grado di probabilità necessario per la pronuncia di una condanna; 'dubbio ragionevole' segnala l'assenza di un limite preciso a partire dal quale l'evidenza probatoria denota la colpevolezza. Sarebbe, dunque, paradossale pretendere, con un percorso inverso, di definire quel grado o quel confine sulla base di un attributo dai contorni così vaghi; allo stesso modo in cui nel paradosso del sorite, trovato l'accordo sull'espressione "ragionevole" per definire il numero di granelli idonei a costituire un mucchio, sarebbe poi insensato chiedersi quante unità implichi il numero ragionevole.

Naturalmente la difesa invocherà con insistenza il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio per ottenere il proscioglimento; ad esempio, affermando che l'accusa non è riuscita a fugare ogni dubbio sulla possibilità che il tumore, contratto dalla vittima esposta ad agenti cancerogeni sul luogo del lavoro, derivi da altre cause o da altri luoghi di esposizione. Argomento risolutivo, se la legge parlasse di colpevolezza 'oltre ogni dubbio', costringendo così il giudice a sistematiche assoluzioni; ma, poiché il dubbio dev'essere 'ragionevole', la scelta decisoria, connotata da ampia discrezionalità, passa attraverso uno *standard* analogo a quello seguito prima della codificazione del canone in esame. Che il tumore sia

³⁴ R.ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F.GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, cit., 457 s.

stato contratto in un luogo diverso da quello del lavoro, è un dubbio che, pur non avendo nulla di illogico, può nel singolo contesto processuale mostrarsi irragionevole.

19. L'OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO E IL TEOREMA DI BAYES.

L'indeterminatezza del concetto di ragionevole dubbio alimenta l'impossibile sogno di trovare una formula esatta sulla cui base si possa ritenere oggettivamente provata una determinata proposizione, a partire ovviamente da quella relativa alla colpevolezza dell'imputato. Al riguardo vi è chi ritiene che un valido aiuto possa essere offerto dal calcolo delle probabilità secondo il teorema di Bayes; e, di recente, il Tribunale di Milano lo ha applicato, pronunciando una sentenza di proscioglimento³⁵. Come noto, la formula di Bayes è la seguente:

$$P(H|E) = \frac{P(H) \times P(E|H)}{P(E)}$$

dove con $P(H|E)$ si intende la probabilità che ha l'ipotesi di colpevolezza H , data l'evidenza probatoria E ; con $P(H)$ la probabilità *a priori* di H , ossia indipendente dalle prove; con $P(E|H)$ la probabilità che vi sia l'evidenza E , assumendo come vera l'ipotesi H ; con $P(E)$ la probabilità *a priori* dell'evidenza E , ossia indipendente dalla presenza di H .

La formula può riuscire utile nella parte in cui bene esemplifica e riassume i passi fondamentali da compiere ai fini del giudizio sulla colpevolezza. $P(H)$ corrisponde alla persuasività in sé dell'ipotesi accusatoria,

³⁵ GIP presso il Tribunale di Milano, 18 giugno 2015, in *Cass. pen.*, 2016, 470, p. 3460 con nota di P. GARBINI, *Il teorema di Bayes applicato alla prova dattiloscopica trova cittadinanza nel Tribunale di Milano*; in precedenza v. J. DELLA TORRE, *Il "teorema di Bayes" fa capolino al Tribunale di Milano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 ottobre 2015. Sulla possibilità di una valutazione quantitativa delle ipotesi e delle prove, v. E. M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 4; A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2004, 1808 s.; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, 282 s.

sganciata da ogni evidenza probatoria. Se la probabilità *a priori* di *H* fosse zero, sarebbe pari a zero anche la sua moltiplicazione per l'evidenza probatoria *E*. Assumendo, come ipotesi di scuola, che un pubblico ministero elevasse un'imputazione per un fatto la cui realizzazione appare *a priori* impossibile – ad esempio, assumendo che l'imputato abbia provocato la morte della vittima trafiggendone l'effigie – sarebbe del tutto superfluo procedere ad assunzioni probatorie. Il tema di prova deve rientrare nell'orizzonte del possibile secondo l'epistemologia dominante³⁶.

Il fattore $P(E|H)$ segnala l'esigenza di accertare quale collegamento sussista tra l'evidenza disponibile e l'ipotesi di colpevolezza; in particolare se appaia verosimile che quell'ipotesi, assunta come vera, possa avere determinato l'evidenza *E* (parliamo di 'determinare' e non sotto-determinare perché qui il movimento, contrariamente a quello che il giudice dovrà poi operare, è dal passato verso il presente). Infine, il denominatore $P(E)$, relativo alla probabilità *a priori* di *E* indica le ipotesi alternative alla colpevolezza, ossia in quale misura l'evidenza probatoria disponibile possa dipendere da cause diverse dall'ipotesi *H*. In breve, la formula di Bayes illustra efficacemente che la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio implica: *a*) un fatto possibile secondo l'orizzonte epistemologico dell'epoca; *b*) la presenza di prove in stretto collegamento con il fatto e, per converso, l'assenza di prove in significativa contraddizione con esso; *c*) la non verosimiglianza di ipotesi alternative alla colpevolezza (parliamo di verosimiglianza perché, data la sotto-determinazione, ipotesi alternative sono in linea puramente teorica sempre possibili).

Tuttavia, andare oltre e pretendere di utilizzare il teorema di Bayes per il calcolo delle probabilità di colpevolezza non è, a nostro avviso, possibile per due ragioni³⁷. Anzitutto, per la difficoltà di attribuire un preciso valore ai diversi membri della formula, trattandosi di fatti storici e del loro rapporto con le prove del presente: impossibile determinare con precisione la probabilità che l'evidenza disponibile derivi dall'ipotesi accusatoria e in quale misura possa, invece, dipendere da ipotesi alterna-

³⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, 572.

³⁷ Sulle difficoltà di adottare una teoria bayesiana della decisione giudiziaria, v. O Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, n. 1, 360.

tive. Ma, anche ammesso che si riuscisse ad effettuare quel calcolo, quale sarebbe poi la probabilità necessaria per la condanna, posto che la soglia ideale del 100% è irraggiungibile nelle inferenze di carattere abduttivo? Non si dimentichi che la scelta del vago aggettivo ‘ragionevole’ nasce proprio dall’inadeguatezza di qualsiasi determinazione quantitativa in ordine alla probabilità di colpevolezza necessaria per una condanna. È stato saggio troncare l’interminabile discussione con l’elastica regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio; a condizione, tuttavia, che nessuno, percorrendo la strada a ritroso, pretenda di stabilire a quale grado di probabilità corrisponda quella regola.

Infine, sebbene non sia possibile qui approfondire il discorso, si può facilmente immaginare che, a meno di abbassare notevolmente la soglia di probabilità per la condanna, la formula di Bayes porterebbe inevitabilmente a sistematiche assoluzioni; e non è un caso che, dove è stata utilizzata, sia avvenuto per avvalorare un proscioglimento a cui il giudice era già palesemente orientato sulla base dell’evidenza probatoria. E persino, nei pochi casi in cui il calcolo delle probabilità portasse a ritenere l’ipotesi di colpevolezza probabile alle irrealistiche soglie di oltre il 95 %, si può facilmente immaginare il grido di protesta del condannato: perché proprio io che appartengo a quella piccola percentuale di innocenza? Insomma, l’oltre ogni ragionevole dubbio resta, nella sua preziosa vaghezza, la formula migliore.

20. FUNZIONE PEDAGOGICA DELLA REGOLA DI GIUDIZIO: POVERTÀ DENOTATIVA E RICCHEZZA CONNOTATIVA.

Come accennato, l’espresso richiamo del codice alla regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio nulla aggiunge in termini denotativi a quanto è già implicito nel concetto di ‘provare’, fuori dall’ambito deduttivo; ma questo non impedisce a quel richiamo di esercitare una notevole influenza sul piano dei significati secondi, di origine pedagogica o retorica. Come è noto, infatti, in una legge quanto più si restringe, sino ad annullarsi, il significato di denotazione, tanto più si espande e si arricchisce quello di connotazione. Vediamo alcuni aspetti.

Anzitutto, vi traspare l’evidente polemica verso una magistratura ritenuta troppo disinvolta nel pronunciare sentenze di condanna;

e, correlativamente, l'invito per il futuro ad elevare la soglia probatoria necessaria per l'affermazione della colpevolezza. Inoltre, si può scorgere in quella formula una sottolineatura del nesso tra prova e contraddittorio. I dubbi in tanto possono essere ritenuti ragionevoli o irragionevoli in quanto vi sia qualcuno che li prospetti; e nessuno meglio della parte, interessata a confutare la prova, è in grado di farlo.

Beninteso, si tratta del rafforzamento di un'idea che si può già ritenere implicita nel concetto di provare. Popper ha bene illustrato come nella scienza una proposizione sia provata - *rectius*, provvisoriamente accettata - in quanto abbia resistito ai più severi tentativi di confutazione. A maggior ragione l'assunto deve valere nel processo dove, esauriti i mezzi di impugnazione, le sentenze diventano irrevocabili, quindi inconfutabili; e non è privo di significato che Popper, nell'elaborazione della sua teoria, abbia preso spunto proprio dal contraddittorio che si esercita nel processo davanti alla giuria. Da questo punto di vista qualche perplessità sorge sui provvedimenti cautelari, disposti *inaudita altera parte*, essendo il contraddittorio differito in sede di impugnazione.

Da notare, infine, un paradossale effetto. Come la maggior parte delle formule povere di significato denotativo, anche questa, una volta immessa nel sistema difficilmente potrà essere estromessa, se non a prezzo di gravi ripercussioni, proprio a causa dei significati di connotazione che veicola. Si può immaginare quali micidiali conseguenze avrebbe, in termini di incoraggiamento a condannare, la caduta della disposizione che ha codificato la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1 c.p.p.). Nessuno, che non intenda essere additato come forcaiolo, si azzarderà mai a sopprimere o a riformare quella imperitura formula.

21. ALTERNATIVE DECISORIE: TERMINE 'MARCATO' E TERMINE 'CONSEQUENZIALE'

La regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio segna il livello massimo e, al tempo stesso, minimo affinché nel processo una qualsiasi proposizione possa dirsi provata. *Massimo* perché la 'sotto-determinazione' della prova induttiva non consente di raggiungere il grado superiore della prova 'indubitabile' nel senso della dimostrazione matematica; *minimo*

perché, scendendo sotto quel livello, salta il concetto stesso di provare e si entra nel regno delle illazioni e dei sospetti.

In contrasto con quanto appena affermato, vi è chi ritiene che nel processo la prova dei fatti possa essere raggiunta con diversi *standard*. Con quello più elevato della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio o con quello inferiore della regola del più probabile che no o con analoghi livelli. La prima regola varrebbe per la prova della colpevolezza ai fini della condanna, la seconda per altri giudizi come quello sulle misure cautelari o sul rinvio a giudizio.

È una prospettiva inaccettabile perché, a scendere sotto il livello della prova oltre ogni ragionevole dubbio, salta il concetto stesso di provare e si entra nel regno delle illazioni e dei sospetti. Al tempo stesso è, però, vero, che ai fini dei provvedimenti cautelari o del rinvio a giudizio non si può pretendere la prova oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza che si risolverebbe in una condanna anticipata. Come uscire dall'*impasse*? La soluzione sta nel tenere ferma la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che è identica per ogni accertamento probatorio, e nell'individuare con esattezza la proposizione da provare che varia invece a seconda del giudizio da emettere.

Più in particolare, in ogni alternativa decisoria si può distinguere: *a*) un termine 'marcato' che veicola la proposizione o le proposizioni da provare, ossia il tema del giudizio; *b*) un termine opposto che si pone come 'conseguenziale' all'impossibilità di affermare il termine 'marcato', quindi alla mancata prova (oltre ogni ragionevole dubbio) della proposizione da provare. In altre parole, il termine 'conseguenziale' non dispone di un'autonoma proposizione da provare, perché i presupposti per la sua affermazione si riassumono nel fallimento della prova relativa al termine 'marcato'; con la conseguenza che, in situazioni di incertezza sulla prova del termine 'marcato', la scelta deve necessariamente orientarsi verso il termine 'conseguenziale'³⁸.

Nell'alternativa condanna/proscioglimento il termine marcato è la condanna e la proposizione da provare la colpevolezza. Nell'alternativa archiviazione/rigetto della richiesta di archiviazione il termine marcato è

³⁸ Sul termine 'marcato' e su quello 'conseguenziale', v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol.I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino, 2017, 107 s.

l'archiviazione e la proposizione da provare la non idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa. Nell'alternativa rinvio a giudizio/sentenza di non luogo a procedere il termine marcato è la sentenza di non luogo a procedere e la proposizione da provare la formula che sta a base della sentenza. Nei provvedimenti cautelari il termine marcato è l'applicazione della misura cautelare e le proposizioni da provare sono, da un lato, il *fumus boni iuris*, ossia la probabile colpevolezza, dall'altro, il *periculum libertatis*, ossia il pericolo di fuga o di inquinamento delle prove o della commissione di gravi delitti.

La distinzione tra i due termini si riflette sugli obblighi motivazionali. La decisione del giudice di affermare il termine 'marcato' va suffragata da una motivazione che documenti la prova della proposizione da provare. Quanto al termine 'conseguenziale', la motivazione dipende da una scelta discrezionale del legislatore; e, quando sia prevista, può risolversi nell'enunciazione delle ragioni per cui non si è affermato il termine 'marcato'.

22. ONERE DELLA PROVA.

Di 'onere della prova' nel processo penale non si può parlare in senso proprio: l'espressione, infatti, implicherebbe la validità della prova solo se prodotta dalla parte interessata ad affermare la proposizione da provare. Viceversa, secondo il codice vigente, la prova è validamente assunta, chiunque l'abbia prodotta (accusa, difesa o giudice).

Volendo, si può parlare di onere della prova come di 'rischio per la mancata prova'³⁹: 'onerata' della prova in rapporto ad una determinata proposizione fattuale, che concretizza la fattispecie legislativa, è la parte alla quale riesce sfavorevole la decisione in caso di mancata prova della proposizione stessa. Fondamentale è la distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. Vediamo alcuni esempi:

(a) 'è punito con la pena x chi commette il fatto y'

(b) 'è punito con la pena x chi ha commesso il fatto y in assenza del fatto z' (o formule equivalenti, come: 'quando non sussista z', 'sempre che non sussista z')

³⁹ Così, vigente il codice abrogato, F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1987, 1008.

(c) 'è punito con la pena x chi commette il fatto y '; 'è esente da pena chi ha commesso il fatto y in presenza di z ';

(d) 'è punito con la pena x chi commette il fatto y , a meno che sussista z '

In (a) fatto costitutivo della colpevolezza è y ; la sua mancata o insufficiente prova implica la pronuncia dell'assoluzione. Altrettanto dicasi per (b), dove y e z sono i fatti costitutivi della colpevolezza, positivo l'uno, negativo l'altro. La mancata o insufficiente prova del fatto y o dell'assenza di z , implica la pronuncia dell'assoluzione. In entrambi i casi il rischio per la mancata prova del fatto positivo o del fatto negativo cade sull'accusa che ha esercitato l'azione penale; la situazione d'incertezza gioca a favore dell'imputato.

In (c) fatto costitutivo della colpevolezza è y , mentre fatto im-peditivo è z . La mancata o insufficiente prova di z , quando sia provato y , determina la condanna. Qui il rischio per la mancata prova di z cade sulla difesa dell'imputato che si vede condannato: la situazione d'incertezza gioca a favore del pubblico ministero. Ad identica conclusione si deve giungere per (d). Dietro l'apparente unicità, in realtà vi sono due disposizioni: la prima, in forza della quale l'imputato è punito quando abbia commesso il fatto y (onerato della prova è il pubblico ministero); la seconda, in forza della quale l'imputato va esente da pena quando sussista z (onerato della prova è l'imputato). In genere, nel processo penale il rischio per la mancata prova grava sul pubblico ministero, ma non mancano casi in cui grava sull'imputato: ad esempio, nella fattispecie contemplata dall'art. 526 comma 1-bis c.p.p., è onere della difesa provare che il dichiarante si sia sempre sottratto per 'libera scelta' al contraddittorio.

Si conferma così quanto osservato in precedenza. Salvo diversa disciplina, a scandire la ripartizione degli oneri probatori è la struttura della fattispecie (sostanziale o processuale) da cui deriva la proposizione da provare. La previsione legislativa di specifiche regole di giudizio nel processo ha senso nella stretta misura in cui si intenda derogare a quanto logicamente discende dal tema della prova. In genere la 'correzione' è dettata a vantaggio dell'imputato (ad esempio, sul terreno delle cause di giustificazione, dove è prescritta l'assoluzione anche in caso di dubbio sulla loro esistenza: art. 530 comma 3, parte II c.p.p.); ma, talvolta, anche a suo danno (ad esempio, sul terreno delle

misure cautelari l'art. 275 comma 3 c.p.p., relativamente a certi delitti, converte il fatto costitutivo della sussistenza dei *pericula libertatis* nel fatto impeditivo della loro assenza.

23. L'OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO E IL RISCHIO DELL'ABUSO NEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI

Qualcuno si chiederà se l'applicazione dell'oltre ogni ragionevole dubbio ad ogni contesto probatorio non finisca per risolversi in un gioco di parole. Che differenza c'è tra dire che nei provvedimenti cautelari si prova (oltre ogni ragionevole dubbio) la probabile colpevolezza e dire che in essi si dà una prova incompleta, un principio di prova sulla colpevolezza? Alla lunga il risultato non è molto dissimile, o meglio la differenza si riduce a questo: in un caso si tiene ferma la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma si formula in termini probabilistici la proposizione da provare (la probabile colpevolezza); nell'altro, si parla *tout court* di colpevolezza, ma si adotta un concetto di 'provare' decisamente indebolito, che convive con la presenza di ragionevoli dubbi. Ma che a variare sia la proposizione da provare o l'atto del provare, sarebbe una questione puramente teorica che non incide sulla sostanziale identità del risultato.

Ora è vero che, per quanto attiene al *fumus* dei provvedimenti cautelari, l'esito dell'una o dell'altra prospettiva non è molto diverso, almeno all'apparenza. Lo è, tuttavia, sul terreno delle esigenze cautelari, dove la proposizione da provare è individuata dalla legge come situazione di 'pericolo': qui indebolire il concetto di 'provare' sino a ritenere sufficiente un principio di prova o una prova incompleta sulla sussistenza del 'pericolo' equivale a vanificare l'accertamento richiesto dalla legge, perché aggiunge all'inevitabile vaghezza dell'espressione 'pericolo' anche l'evanescenza dell'atto di provare.

Ma, più in generale, l'estromissione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio dal concetto di 'provare' nasconde un'operazione culturale fortemente regressiva. Di fatto conduce a liquidare la necessità stessa di una prova nelle sedi diverse dalla decisione finale sulla colpevolezza; tendenza della quale si vede un saggio nell'indirizzo

giurisprudenziale e dottrinale che, contrapponendo indizi a prove, nega la necessità delle seconde nei provvedimenti cautelari⁴⁰. Sostenere che nelle decisioni *de libertate* si possa prescindere da prove o che la valutazione di queste non debba rispettare la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, indebolisce gravemente le garanzie e la funzione cognitiva del processo, alimentando il rischio di decisionismo, ossia di una prevalenza della componente imperativa rispetto a quella conoscitiva nei provvedimenti del giudice. Qualsiasi accertamento che non sia solidamente ancorato a prove ha molte possibilità di risolversi in un atto di arbitrio.

Il rischio dell'abuso è tanto più presente nei provvedimenti di coercizione personale per una ragione 'psicologica', legata al diverso atteggiamento del magistrato a seconda che sia chiamato a decidere sulla colpevolezza o sulle misure cautelari. Mentre le possibilità che un evento futuro contraddica la condanna o l'assoluzione sono pari, potendo le prove sopravvenire a favore come a discarico, non altrettanto accade sul terreno dei provvedimenti cautelari. Qui la negazione del *periculum libertatis* può ricevere una plateale smentita nella successiva commissione di un reato (o nell'inquinamento delle prove o nella fuga dell'imputato), esponendo a pesanti critiche il magistrato che abbia rifiutato il provvedimento cautelare. Per converso, difficilmente si potrà documentare, in termini controfattuali, l'assenza del pericolo sulla cui base è stata emessa la misura; la neutralizzazione del pericolo neutralizza anche la possibilità della sua smentita e nessuno riuscirà a provare che il contegno dell'imputato in libertà sarebbe stato innocuo. Di qui una sorta di principio di 'precauzione' che di fatto tende a prevalere sul *favor libertatis*, amplificando la rilevanza dei pericoli che giustificano la custodia cautelare: nel dubbio sulla loro sussistenza, il magistrato propende al pessimismo, si sente più 'rassicurato' dall'affermazione che dalla negazione del pericolo, consapevole che solo quest'ultima scelta può essere retrospettivamente sconfessata.

⁴⁰ V. la sentenza costituzionale n. 131 del 1996 dove si afferma che il giudizio prognostico ex art. 273 c.p.p. è condotto «non su prove, ma su indizi»; nello stesso senso, per la contrapposizione tra indizi e prove, Corte cost. sentenza n. 432 del 1995, nonché Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Cass. pen.*, 2003, 396, nt. 112.

24. PRESUNZIONE DI INNOCENZA E PROVA OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO.

È opinione corrente che sussista uno stretto collegamento tra la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio e i principi contenuti nell'art. 27 comma 2 Cost. («L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva») e nell'art. 6 comma 2 CEDU («Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»)⁴¹.

Come si accennava, che il processo abbia come tema la colpevolezza e che questa sia da provare oltre ogni ragionevole dubbio, deriva dalla struttura della fattispecie penale e dal concetto di 'provare'; e sin qui nulla muterebbe, anche in assenza dell'art. 27 comma 2 Cost. e dell'art. 6 comma 2 CEDU. Essendo la fattispecie penale imperniata sulla punibilità di chi abbia commesso un determinato fatto, la pena in tanto può essere applicata in quanto sia provata sino all'ultima molecola la commissione del fatto, salve le deroghe previste dal codice di rito: ad esempio, in ordine al patteggiamento (artt. 444-448 c.p.p.) o alla messa alla prova (artt. 464 *bis-novies* c.p.p.).

Non per questo, tuttavia, quelle disposizioni devono ritenersi superflue. A parte la regola di trattamento che ne discende, il principio della presunzione di innocenza ha l'importante effetto di imporre al legislatore due obblighi. In sede sostanziale, l'impegno a non costruire fattispecie basate su sospetti o illazioni, dove di fatto la colpevolezza verrebbe a consistere nell'impossibilità di giustificare l'innocenza; e, in sede processuale, a non alterare *in malam partem* le regole sull'onere della prova, ad esempio, istituendo presunzioni sui fatti costitutivi della colpevolezza o sui presupposti delle misure cautelari. Giustamente la Corte costituzionale ha censurato, fra le disposizioni del primo tipo, l'art. 12-*quinquies*, secondo comma, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306⁴²; e, fra le disposizioni del secondo tipo, l'art. 275 comma 3 c.p.p.

⁴¹ C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione*, cit., 52 s.

⁴² La Corte costituzionale, con sentenza n. 48 del 1994, ha dichiarato illegittimo, per contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., l'art. 12-*quinquies*, secondo comma, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità

nella parte in cui, per determinati reati, imponeva la custodia cautelare in carcere, senza far salva «l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»⁴³.

Restano, invece, possibili, ed anzi in qualche modo incoraggiate dal principio della presunzione di innocenza, deroghe all'onere della prova operanti in *bonam partem*, come quella sulla prova delle cause di giustificazione (art. 530 comma 3 c.p.p.).

BIBLIOGRAFIA

CAPRIOLI, Francesco. *Verità e giustificazione nel processo penale*. Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 623 s.

CAPRIOLI, Francesco. *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*. Cass. pen., 2009, 1867 s.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile* (1915). Milano: Giuffrè, 1992.

CATALANO, Elena Maria. *Ragionevole dubbio e logica della decisione*. Milano: Giuffrè, 2016.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 9 ed. Milano: Giuffrè, 2012.

DANIELE, Marcello. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*. Torino: Giappichelli, 2009.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA; GRIFANTINI; ILLUMINATI e ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4 ed., Torino, 2010, 317 s.

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2015.

mafiosa), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n.356, come modificato dall'art. 1 del decreto-legge 17 settembre 1993, n.369 (Disposizioni urgenti in tema di possesso ingiustificato di valori e di delitti contro la pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 15 novembre 1993, n. 461.

⁴³ FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Vol. I, *Struttura e procedimento*. 2° ed. Torino: Giappichelli, 2017. p. 113 ss.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

MAZZA, Oliviero. *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*. *Criminalia*, 2012, 357 s.

PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. Torino: Giappichelli, 2009.

SANTORIELLO, Ciro. *La prova penale e la sua valutazione*. Roma: Aracne, 2012.

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

TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli, 2013.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*. Torino: Utet, 1995.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): este artigo é uma versão parcial e revisada do trabalho originalmente publicado em: FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Vol. I, Struttura e procedimento. 2º ed. Torino: Giappichelli, 2017; o autor assegura que não há plágio de terceiros.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 13/12/2017
- Retorno rodada de correções: 31/01/2018
- *Autor convidado*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Editora-assistente: 1 (BC)

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan./mai. 2018.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Ermeneutica, prova e decisione¹

Hermeneutics, evidence and judgment

Hermenêutica, prova e decisão

Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia – Italia

taruffo@unipv.it

 <https://orcid.org/0000-0002-9339-6803>

ABSTRACT: Adottando quale premessa la prospettiva offerta dalla filosofia ermeneutica attraverso i suoi importanti contributi, il presente scritto analizza i diversi temi del processo giudiziale. Più esattamente, si dedica particolare attenzione alla costruzione delle narrazioni fattuali, alla presentazione delle prove e alla scoperta della verità fatta dal giudice nella sua decisione conclusiva fondata sulle prove.

PAROLE CHIAVE: costruzione del caso; narrazioni fattuali; prova; giudizio; verità.

ABSTRACT: *The text analyzes several topics of the judicial process from the point of view of the important contributions offered by the hermeneutical philosophy. It deals mainly with the construction of factual narratives, the presentation of evidence and the discovery of truth made by the judge in his final judgment based upon the evidence.*

KEYWORDS: *construction of the case; factual narratives; evidence; judgment; truth.*

RESUMO: *O artigo analisa diversos tópicos do processo judicial a partir da perspectiva das importantes contribuições oferecidas pela filosofia hermenêutica.*

¹ Relazione presentata al convegno su *Ermeneutica e processo. Dialoghi tra filosofia e diritto processuale*, tenutosi in Padova il 26 e 27 maggio 2017. Il testo dello scritto è in corso di pubblicazione in uno dei prossimi numeri di *Ars Interpretandi*, 2018. La RBDPP ringrazia Carocci editore per la gentile concessione.

Analisa-se principalmente a construção das narrativas fáticas, a apresentação da prova e a descoberta da verdade realizada pelo juiz na sua decisão final a partir das provas.

PALAVRAS-CHAVE: *construção do caso; enunciados fáticos; prova; decisão; verdade.*

INTRODUZIONE

È noto che negli ultimi decenni la filosofia ermeneutica, nelle sue varie declinazioni, ha offerto numerosi spunti di riflessione su molti aspetti della teoria del diritto. Alcuni di questi spunti sono di particolare interesse per il processualista. Non v'è bisogno di insistere, invero, per segnalare che le ormai note metafore del circolo o della spirale ermeneutica², nonché quella proposta da Engisch dove parla del movimento dell'occhio dal fatto alla norma e dalla norma al fatto, fino al raggiungimento dell'accordo tra i due aspetti della decisione³, hanno indirizzato l'analisi della decisione giudiziale in una direzione peculiare, nella quale emerge la complessità dinamica del procedimento che conduce –appunto- alla finale formulazione della decisione. In tale complessità emergono in modo particolare alcuni fattori che qui possono essere solo brevemente ricordati. Da un lato, diventa fondamentale l'idea della “costruzione del caso”, che richiama l'attenzione sulla “costruzione” come attività complessa di elaborazione della fattispecie che è oggetto della decisione, attraverso una serie di passaggi logici e semantici⁴; dall'altro lato emerge all'evidenza il fatto che l'interpretazione della legge non è –soprattutto per il giudice- un'attività isolata e puramente cognitiva, ma è un'analisi orientata soprattutto alla “applicazione” della norma al caso concreto. Non è un caso, invero, che l'idea di “applicazione della norma” sia fondamentale nella prospettiva

² Cfr., ad es. G. Zaccaria, 2012, VIII ss.; F. Viola, G. Zaccaria, 2003, 219; B. Pastore, 2015, 98 ss.; Id., 1996, 116 ss.; e, anche per ulteriori riferimenti, M. Taruffo, 1992, 78 ss.

³ Cfr. K. Engisch, 1960, 15.

⁴ Cfr. in particolare J. Hruschka, 1965, ed inoltre G. Zaccaria, 2012, 156.

ermeneutica⁵, e rivesta un ruolo decisivo, ad esempio, nell'individuazione di ciò che costituisce un precedente giudiziale⁶.

1. IL FATTO

Nel contesto di questo insieme di attività che stanno alla base della decisione giudiziale emerge con particolare rilievo il “fatto”, dato che esso rappresenta l'aspetto fondamentale e specifico di ciò che si intende per “caso” oggetto di decisione. In proposito occorre però svolgere alcune osservazioni.

Anzitutto, una banalità, ma importante: il fatto non entra invero nel processo, se per “fatto” intendiamo un evento concepito nella sua realtà materiale ed empirica, per l'ovvia ragione che esso –di regola– si è verificato prima e fuori del processo. Quindi i protagonisti del processo, ed in particolare il giudice, non “vedono” il fatto nella sua realtà storica. Esso emerge nel processo sotto forma di entità linguistiche, ossia di narrazioni riferite ad un evento che si afferma essersi verificato nel passato⁷. Più precisamente: nel processo si costruiscono e si presentano, da parte di diversi soggetti, varie narrazioni del fatto che è oggetto di controversia e di decisione. In un certo senso si può anzi interpretare il processo come un contesto di narrazioni fattuali, l'ultima delle quali è quella che il giudice pone a fondamento della decisione conclusiva. Le altre narrazioni, proposte da vari soggetti come le parti e i testimoni, non sono altro che ipotesi che hanno una “pretesa di verità” ma che in realtà non sono né vere né false: solo la narrazione svolta conclusivamente dal giudice tende, come si vedrà più oltre, ad essere considerata come “vera”⁸.

In proposito si può osservare che, per così dire, nessuna di queste narrazioni “cade dal cielo”: il “fatto” non entra automaticamente e semplicemente nel processo. Seguendo per analogia Borges⁹ si può infatti osservare

⁵ In proposito è d'obbligo il riferimento a Gadamer. Cfr. Id., (1986), trad. it., 2000, 635 ss., 681 ss. Cfr. anche B. Pastore, 2015, 100.

⁶ Cfr. in particolare L. P. Mourão, 2016, 36 ss., 104 ss., 323 ss., 413 ss.

⁷ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, 2012a, 3 ss.

⁸ Cfr.ivi., 4 ss., e più ampiamente Id., 2009, 43 ss.

⁹ Cfr. J.L. Borges, 1998, 201.

che qualunque evento, anche il più semplice, può essere descritto con infinite narrazioni vere, ed anche con infinite narrazioni false: quindi ogni soggetto che narra il fatto nel processo deve “costruire” la sua narrazione determinandola entro un panorama infinitamente aperto di narrazioni possibili. Il momento centrale è dunque quello in cui vari soggetti costruiscono le loro narrazioni¹⁰. Il problema che allora si pone, per qualunque soggetto del processo, ma in particolare per il giudice, consiste nella determinazione degli elementi che debbono entrare in una specifica descrizione. Si tratta di un aspetto decisivo del “circolo ermeneutico”, posto che questa individuazione deve avvenire per “correlazione dialettica” con la norma che si suppone applicabile al fatto di cui si tratta. È la norma, invero, che nella fase di costruzione del caso opera come criterio di selezione delle circostanze che –per così dire– meritano di entrare nella descrizione del fatto. In altri termini, è la norma che consente di definire qual è quello che i giuristi chiamano “fatto principale” in quanto corrispondente alla “fattispecie legale” definita da tale norma¹¹.

D'altra parte, è il fatto che determina l'interpretazione della norma nel caso di specie, ossia la possibilità che la norma sia “applicata” come effettivo criterio di decisione in quel caso. Se si muove dall'ormai ovvia considerazione che ogni disposizione normativa può avere varie (ma non infinite)¹² interpretazioni, il problema per il giudice è che egli non può limitarsi ad analizzare i vari significati possibili di tale disposizione, ma deve sceglierne uno da adottare come *ratio decidendi* nel caso specifico. Pare chiaro che il criterio per operare questa scelta non possa essere altro che il fatto concreto e particolare, dato che su di esso il giudice deve formulare la propria decisione, applicando la norma al caso¹³. È in questo modo, d'altronde, che si innesca il circolo ermeneutico di cui si è fatto cenno più sopra.

¹⁰ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, 2009, 33 ss., 40 ss., 53 ss.; F. Di Donato, 2008; Id., 2012, 47ss. In generale sulla costruzione delle narrative fattuali cfr. J.S. Bruner, 2002 e ampiamente sulla costruzione di narrazioni giudiziarie cfr. A.G. Amsterdam, J.S. Bruner, 2000, 110 ss., 143 ss.

¹¹ V. più ampiamente M. Taruffo, 1992, 74 ss.

¹² Sui limiti dell'interpretazione cfr. in particolare G. Zaccaria, 2012, 82 ss., 94 ss., e più in generale U. Eco, 1990.

¹³ Cfr. in particolare M. Taruffo, 2012d, 125 ss.

2. NATURA E FUNZIONE DELLA PROVA

Concentrando ora l'attenzione sulla decisione relativa al fatto del caso specifico, è opportuno svolgere alcune considerazioni relative ai due aspetti fondamentali di tale decisione. Si tratta da un lato della natura che si attribuisce a questa decisione, e dall'altro lato della natura e della funzione che si attribuisce allo strumento che consente di giungere ad essa, ossia la prova. I due problemi sono strettamente connessi, e solo per chiarezza espositiva possono essere analizzati separatamente.

Iniziando, in ordine logico, dalla prova, intesa in termini generalissimi come ogni informazione ammissibile e rilevante capace di fornire elementi di giudizio sul fatto che è oggetto di decisione¹⁴, occorre prendere in considerazione un'idea che pare abbastanza diffusa nella dottrina processualistica, ed anche nel senso comune, secondo la quale la prova consisterebbe in uno strumento –o, più propriamente, in un argomento– di carattere essenzialmente *persuasivo*¹⁵. Si tratta dell'idea “retorica” della prova, in base alla quale il suo scopo consisterebbe nel creare nella mente del giudice (che sarebbe l'uditorio specifico e privilegiato) un convincimento intorno al modo in cui si sarebbero svolti i fatti del caso. L'esito positivo della prova sarebbe dunque la sua persuasione intorno a come questi fatti vengono raccontati, ossia –in altri termini– il convincimento del giudice intorno alla “bontà” di una narrazione relativa a questi fatti. Se a questo proposito si parlasse di “verità” non si tratterebbe dunque di cosa diversa dalla mera persuasione, frutto dello svolgimento retorico degli argomenti presentati dalle parti nel processo, intorno ad una versione di questi fatti che emergerebbe esclusivamente dal contesto retorico delle attività difensive¹⁶.

Sulla concezione della prova come argomento retorico-persuasivo si possono svolgere varie critiche, che qui possono essere soltanto accennate¹⁷. Si può forse riconoscere che questa concezione corrisponde

¹⁴ Sul concetto generale di prova cfr. M. Taruffo, 2012a, 55 ss.; Id., 1992, 301 ss., 315 ss.

¹⁵ Nella letteratura italiana cfr. in particolare A. Giuliani, 1988, 519 ss.; Id., 1959, 15 ss., 45 ss.

¹⁶ In questo senso v. ad es. F. Cavalla, 2011, p.80.

¹⁷ V. più ampiamente M. Taruffo, 2012a, 63 ss.; Id., 1992, 323 ss. anche per altri riferimenti.

almeno in parte al modo in cui gli avvocati se ne servono nel processo, dato che il loro fine fondamentale non è la scoperta della verità ma la vittoria in giudizio, e questa si consegue se si persuade il giudice a dar ragione al proprio cliente. Questa concezione non corrisponde però in alcun modo alla funzione che la prova svolge *per il giudice*. Costui non è, infatti, un mero “soggetto passivo” delle attività retoriche degli avvocati: la sua funzione non è quella di “lasciarsi persuadere” da tali attività, e non è neppure quella di persuadere altri sulla base delle prove che gli vengono presentate.

Come si vedrà più oltre, invero, la funzione del giudice a proposito dei fatti è essenzialmente diversa da quella degli avvocati, avendo egli il compito di determinare –sulla base delle prove– la verità dei fatti rilevanti del caso. Ciò induce a ritenere che *per il giudice* la prova non abbia affatto una funzione retorica ma una funzione *epistemica*. In altri termini, la prova è uno *strumento di conoscenza* di cui il giudice si può e si deve servire per giungere ad una descrizione veritiera dei fatti della causa¹⁸. In proposito si può considerare che tra la persuasività e la capacità conoscitiva di un enunciato può non esservi alcuna corrispondenza. Un'affermazione può essere anche fortemente persuasiva (come accade spesso nel discorso politico e nel messaggio pubblicitario) ed essere sostanzialmente falsa. Per contro, un enunciato può apparire non persuasivo (si pensi al teorema di Pitagora, alle equazioni di Maxwell o ad una dimostrazione matematica) ma essere scientificamente valido ed epistemicamente vero. Questa ovvia distinzione vale anche a proposito della prova: una prova può non essere retoricamente persuasiva (si pensi ad esempio a un documento contrattuale o ad un test genetico), e tuttavia può fornire informazioni attendibili e utili per una ricostruzione veritiera dei fatti: ciò è quanto deve interessare al giudice. In generale, d'altronde non bisogna dimenticare che una narrazione “buona”, e quindi persuasiva, può benissimo esser falsa, mentre una narrazione vera può anche non essere persuasivamente efficace¹⁹.

A conferma di ciò si può far riferimento a due fenomeni probatori assai rilevanti, la cui funzione conoscitiva è evidente: si tratta della prova

¹⁸ V. più ampiamente M. Taruffo, 2012a, 58 ss.; Id., 1992, *ibidem*.

¹⁹ In proposito v. più ampiamente M. Taruffo, 2009, 67 ss.

per indizi (o, in civile, per presunzioni semplici) e della prova scientifica. Nella prova per indizi o per presunzioni ciò che specialmente rileva è la struttura logica delle inferenze che giustificano il passaggio dalla premessa costituita dal “fatto noto” alla conclusione che riguarda il fatto che viene accertato, dove il centro della prova è costituito –appunto– dalla giustificazione della decisione con la quale questo fatto viene conosciuto²⁰. Il caso della prova scientifica è ancora più significativo, posto che è la validità scientifica delle conoscenze che si utilizzano a fini probatori che giustifica la conoscenza del fatto che per mezzo di tali conoscenze viene dimostrato²¹.

3. LA VALUTAZIONE DELLE PROVE

Il fondamento della decisione sugli enunciati fattuali è costituito dalla valutazione delle prove che sono state acquisite al processo, ma anche su questo tema occorrono alcune osservazioni, soprattutto per sgombrare il campo da varie concezioni inattendibili di tale valutazione. Una di queste concezioni si fonda sull’idea che il giudice dovrebbe valutare le prove, e quindi decidere sui fatti, esclusivamente in base alla sua *intime conviction*, ossia per mezzo di una sorta di personalissima intuizione irrazionale che gli permetterebbe di formulare una decisione rigorosamente soggettiva, e soprattutto incontrollabile e non giustificabile razionalmente, intorno ai fatti del caso²². Si tratta di una concezione difficilmente accettabile della decisione sui fatti, soprattutto in quanto configura e legittima una

²⁰ In proposito v. più ampiamente M. Taruffo, 2012c, 1101 ss.

²¹ La letteratura sulla prova scientifica è immensa, e non è possibile indicare una bibliografia ragionevolmente completa. Nella letteratura italiana v. da ultimo M. Taruffo, 2017, 241 ss.; G. Uberti, 2017, 259 ss.; M. Taruffo, 2016, 335 ss., anche per ulteriori riferimenti. Nella letteratura straniera è essenziale il riferimento ai saggi raccolti in *Reference Manual on Scientific Evidence*, (2011), ed anche agli scritti recenti di Susan Haack pubblicati in Id., 2014.

²² Sulla storia di questa concezione, che prevale tuttora in Francia ma che si diffonde anche al di fuori dei confini francesi, v. in particolare J. Nieva Fenoll, 2010, 70 ss.. Sul problema della *intime conviction* e della valutazione discrezionale delle prove nel sistema francese v. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, 2015, 433ss.. In argomento v. anche M. Taruffo, 2012c, 208ss..

valutazione essenzialmente arbitraria delle prove, e dunque una decisione finale altrettanto arbitraria. Si può d'altronde osservare che essa non viene diffusamente accolta, essendo invece prevalente la tendenza a prevedere che il giudice ponga in essere una valutazione *razionale* delle prove²³. Secondo l'opinione comune il principio generale del libero convincimento del giudice, che si traduce nella discrezionalità del medesimo nella valutazione delle prove, non implica affatto che si accolga una concezione irrazionalistica e assolutamente soggettivistica di tale valutazione. La valutazione delle prove è invece configurabile in termini razionali e logicamente controllabili, in particolare facendo affidamento sulla motivazione della decisione in fatto²⁴.

Tra le concezioni discutibili della valutazione delle prove ve n'è però un'altra che ha avuto una certa risonanza. Si tratta della tesi secondo la quale tale valutazione avverrebbe –o dovrebbe avvenire– non muovendo dalla considerazione analitica e specifica di ogni prova disponibile, ma attraverso un solo atto mentale che investa tutte le prove in un solo momento e giunga intuitivamente ad una conclusione complessiva sui fatti del caso²⁵. Una concezione analoga è stata prospettata nel tentativo di spiegare come le giurie nordamericane raggiungono la decisione sui fatti²⁶. Non pare possibile, considerando che il verdetto delle giurie non viene mai motivato e quindi non si può conoscere come esse decidono, stabilire se in questo modo si descriva davvero come ragionano in realtà i giurati statunitensi.

D'altronde queste concezioni *olistiche* della valutazione delle prove non possono essere assunte come valide descrizioni di come il giudice valuta –o dovrebbe valutare– razionalmente le prove di cui dispone. Da un lato, infatti, la valutazione olistica finisce con l'essere qualcosa di imperscrutabile ed incontrollabile, e quindi si espone alle medesime critiche di cui si è fatto cenno a proposito della *intime conviction*. Dall'altro lato, pare evidente non solo che i legislatori come

²³ Cfr. in particolare J. Ferrer Beltrán, 2007, 91 ss.

²⁴ Cfr. in particolare J. Nieva Fenoll, 2010, 196 ss.; M. Taruffo, 2012c, 213 ss.,

²⁵ In proposito cfr. ad es. H.L. Ho, 2008, 161 ss.

²⁶ Cfr. in particolare N. Pennington, R. Hastie, 1991, 519 ss.; W.L. Bennett, M.S. Feldman, 1981.

quello italiano adottano una prospettiva chiaramente *analitica* quando si occupano di vari aspetti del fenomeno probatorio²⁷, ma soprattutto che la valutazione razionale delle prove deve avere ad oggetto la determinazione del valore informativo che *ogni singola* prova manifesta, poiché solo a questa condizione è possibile stabilire qual è il risultato conoscitivo che deriva dalle prove di cui si dispone²⁸. Naturalmente ciò non esclude che nella fase finale del giudizio sui fatti il giudice debba formulare una valutazione complessiva di tutte le prove, valutazione che anzi è evidentemente necessaria, al fine di verificare se esse giungono ad integrare lo standard di prova richiesto per una decisione positiva sui fatti²⁹. Non si tratta però di una vera e propria valutazione olistica, nel senso sopra specificato, ma semplicemente di una fase del ragionamento decisorio in cui il giudice deve utilizzare tutte le informazioni fattuali che le varie prove gli hanno fornito³⁰.

4. LA DECISIONE

Valutate analiticamente e sinteticamente le prove, il giudice decide intorno agli enunciati fattuali che definiscono il caso. Il tema della decisione è estremamente complesso e ha dato luogo ad una quantità di concezioni e di discussioni che qui non possono essere prese in considerazione, neppure in maniera estremamente sintetica. In particolare, si può omettere l'analisi delle numerose teorie che richiamando Alvin Goldman³¹ possono essere definite come *verifobiche* in quanto –sulla base delle più varie premesse filosofiche - negano che in generale, e dunque anche nell'ambito del processo, si possa o si debba in qualche modo tendere all'accertamento della verità dei fatti. Tali teorie sono varie e assai diffuse, ma hanno in comune –appunto– una *negazione*, ossia l'esclusione

²⁷ V. M. Taruffo, 2012c, 217 ss.

²⁸ In argomento v. G. Tuzet, 2016, 261 ss.

²⁹ Il problema degli standard di prova non può essere adeguatamente discusso in questa sede. In argomento v., anche per ulteriori riferimenti, M. Taruffo, 2012c., 229 ss.

³⁰ V. più ampiamente M. Taruffo, 2012c, 236 ss.

³¹ Cfr. A. Goldman, 2003, 7 ss.

dell'eventualità che il processo si concluda con una decisione relativa alla verità o alla falsità degli enunciati fattuali rilevanti per la decisione³².

Il panorama contemporaneo include peraltro diverse concezioni della decisione che non affrontano direttamente il problema della verità / falsità dei fatti oggetto di decisione, ma in qualche modo lo eludono e lo aggirano, individuando *nel discorso processuale*, e solo in esso, il contesto nel quale si colloca la decisione e nel quale dovrebbero essere individuati i criteri in base ai quali questa dovrebbe essere formulata. Ha questa caratteristica la teoria detta della “inferenza alla migliore spiegazione”, in funzione della quale il giudice dovrebbe optare –entro le diverse narrazioni possibili dei fatti– per quella che appare “migliore” in quanto più coerente come narrazione dei fatti e meglio corrispondente alle informazioni probatorie disponibili³³. In qualche misura simile è la teoria in base alla quale, dovendo il giudice compiere una scelta tra due narrazioni fattuali alternative, dovrebbe preferire la narrazione che offre una *relative plausibility*, ossia che appare più credibile della versione contraria³⁴. Più in generale, poi, ci si colloca in una prospettiva analoga quando si dice che la decisione finale sui fatti si fonda sulla corrispondenza tra una narrazione fattuale e ciò che risulta dalle enunciazioni offerte dalle prove³⁵. Con poche variazioni, queste concezioni hanno in comune la tendenza ad affermare che la decisione sui fatti è un'attività che si realizza esclusivamente all'interno della dimensione discorsiva del processo, e unicamente attraverso il confronto tra narrazioni fattuali: è a seguito di tale confronto che una di queste narrazioni verrebbe posta a fondamento della decisione. Non si richiede peraltro che questa narrazione abbia alcuna connessione con altri oggetti o altri criteri, ed in particolare con la realtà dei fatti si cui si parla³⁶. Si intuisce, allora,

³² Su alcune di queste concezioni, e per osservazioni critiche, cfr. M. Taruffo, 1992, 7 ss., 27 ss.; Id., 2009, 75 ss.

³³ Cfr. G. Tuzet, 2016, 137 ss.

³⁴ Tra i molti scritti in argomento cfr. R.J. Allen, M.S. Pardo, 2008, 268 ss.; R.J. Allen, A. Stein, 2013, 557 ss., e già R.J. Allen, 1991, 373 ss.; Id., 1986, 401 ss.

³⁵ In questo senso cfr. ad es. G. Ubertis, 2012, 209 s.; Id., 2017, 263.

³⁶ Non a caso Ubertis, negli scritti citati nella n. precedente, esclude che siano rilevanti opzioni filosofiche intorno al mondo o al contesto in cui si svolge il processo.

che da questi discorsi rimane escluso il problema della verità o falsità empirica degli enunciati fattuali che sono oggetto di decisione, e che il problema viene risolto –appunto- esclusivamente in termini di coerenza o persuasività dei discorsi che nel processo vengono svolti con riferimento ai fatti³⁷.

Tuttavia da qualche tempo è possibile registrare, a livello filosofico generale, quello che si potrebbe definire come un “ritorno della verità”³⁸, ossia il riemergere del problema della verità che in passato era stato variamente negato o rimosso. Questo “ritorno” investe evidentemente anche il problema della decisione giudiziale, poiché torna ad aver senso chiedersi se essa possa –e, se sì, debba- fondarsi sull’accertamento della verità storica dei fatti del caso.

La risposta a questo interrogativo non può che essere positiva, almeno se si adotta una concezione della finalità fondamentale del processo secondo la quale esso non ha come scopo esclusivo la mera soluzione di controversie, ma soprattutto –come recita almeno da Chiovenda in poi un luogo comune della dottrina processualistica- ha come fine fondamentale la corretta applicazione della legge nel caso concreto. A questo proposito la filosofia ermeneutica di cui si è fatto cenno all’inizio pone l’accento sul ruolo che il fatto svolge per l’applicazione della norma in sede di decisione, ma pare ovvio che non si pensi a qualsivoglia prodotto linguistico che abbia a che fare col fatto, e che invece si presupponga la *verità* dell’enunciato fattuale che si pone a base della decisione. Sarebbe infatti contraddittorio e paradossale ammettere che l’applicazione della norma nel caso concreto possa fondarsi su una narrazione fattuale falsa, o della quale non si sappia se è vera o falsa, poiché ciò implicherebbe una violazione o una erronea applicazione della norma. In altri termini, la verità della descrizione del fatto si configura come una condizione *necessaria* per la corretta applicazione della norma a quel fatto, ossia –più in generale- come una condizione necessaria per la *giustizia* della decisione³⁹.

³⁷ È, in buona sostanza, la “verità retorica” di cui parla F. Cavalla, 2011, p.23 ss..

³⁸ V. più ampiamente M. Taruffo, 2009, 74 ss.

³⁹ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, 2009, p.97 ss., 113 ss.; Id., 1992, 43 ss., anche per altri riferimenti.

5. SULLA VERITÀ GIUDIZIALE

Una volta posto l'accertamento della verità dei fatti al centro della decisione, sorge evidentemente il problema di stabilire che cosa si intende per “verità dei fatti”, posto che –come si è già chiarito– si tratta della verità degli enunciati che descrivono i fatti del caso. È peraltro evidente che qui non è per molte ragioni possibile affrontare il problema generale della verità, e neppure prendere in considerazione le numerose teorie che al riguardo sono state elaborate sul piano filosofico⁴⁰. Pare tuttavia ragionevole operare tra queste teorie una scelta che si adatti alle peculiarità della decisione sui fatti che viene formulata nel processo. Il punto di partenza per questa scelta consiste nel fatto che il processo non si svolge nell'iperuranio e ha ad oggetto eventi che si suppone si siano verificati nella realtà empirica del mondo, dato che a questi eventi si applica il diritto per derivarne le conseguenze che la legge prevede. Allora non paiono adeguate le concezioni della verità che in vario modo si riferiscono alla coerenza del discorso sui fatti, per varie ragioni⁴¹ tra cui la constatazione che qualunque discorso coerente può benissimo essere falso, nel senso di non avere nessun rapporto con la realtà di ciò che narra, come accade per un romanzo o un'opera teatrale⁴². La stessa cosa può dirsi delle narrazioni processuali, dato che ad es. una testimonianza che non ha nulla a che vedere con la realtà può essere resa in modo perfettamente coerente; ma allora ne segue che la mera coerenza di un discorso sui fatti del caso non può essere assunta come criterio di verità.

Si giustifica allora il riferimento a quella che è stata definita “verità realistica”, alla quale va riconosciuto il primato nel contesto delle teorie della verità⁴³. Si tratta, in sostanza, della verità come *corrispondenza* di una descrizione alla realtà di ciò che essa descrive, ossia della verità che Amedeo Conte definirebbe *apofantica*⁴⁴. In altri termini, e detto in estrema

⁴⁰ Nella vastissima letteratura in argomento si può utilmente rinviare a F. D'Agostini, 2011, 47 ss., e a R. Kirkham, 1995.

⁴¹ In argomento cfr. F. D'Agostini, 2011, 55 ss., 58 ss.

⁴² V. più ampiamente M. Taruffo, 2009, 76, 92

⁴³ In argomento v. in particolare F. D'Agostini, 2009, 86 ss.

⁴⁴ Cfr. A.G. Conte, 2011, 301 ss.

sintesi, è la realtà di cui si parla che determina la verità o la falsità della narrazione⁴⁵. Nel presente contesto non è il caso di discutere se l'adozione di questo concetto di verità implichi necessariamente la credenza in un realismo metafisico o sia sufficiente la credenza in un realismo aletico⁴⁶; rimane comunque il fatto che qualche forma di *external realism* non è una semplice teoria che si possa condividere o non condividere, ma è una condizione necessaria perché si possano avere opinioni o teorie sulla realtà⁴⁷. Non a caso, d'altronde, si può osservare che la concezione della verità come corrispondenza torna a riemergere nel panorama filosofico in una connessione temporale forse non casuale con l'affermarsi del c.d. "nuovo realismo"⁴⁸. Ubertis⁴⁹ ritiene che per parlare della decisione giudiziaria sui fatti non sia necessaria alcuna premessa filosofica di tipo realistico, ma egli pensa semplicemente ad una verità "interna" al discorso processuale, senza alcun riferimento alla realtà dei fatti di cui si parla. Tale riferimento è invece necessario se si pensa –come ora si è suggerito– ad un concetto di verità come corrispondenza: ovviamente, la descrizione giudiziale dei fatti può "corrispondere", per essere vera, *solo* alla realtà di quei fatti.

Riportando allora il discorso al contesto specifico del processo, si possono svolgere alcune sintetiche osservazioni.

Da un lato, l'idea della verità processuale dei fatti come corrispondenza alla realtà degli stessi implica che si concepisca la decisione fattuale come *conoscenza* dei fatti, ossia della verità delle narrazioni che li descrivono. In questo modo emerge una connessione stretta con quanto si è detto in precedenza sulla funzione fondamentale della prova, quando si è sottolineato che si tratta di una funzione *epistemica*, diretta cioè a fornire al giudice le informazioni necessarie per conoscere la realtà dei fatti, e quindi per stabilire se la relativa narrazione è vera o falsa⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. F. D'Agostini, 2011, 88, 101, M. Taruffo, 2009, 78, anche per altri riferimenti.

⁴⁶ Su questo problema v. in particolare F. D'Agostini, 2009, 91

⁴⁷ Cfr. Taruffo, 2009, 78; e in particolare J. Searle, 1999, p.32.

⁴⁸ Cfr., nella ormai ampia letteratura in argomento, M. Ferraris, 2012; M. De Caro, M. Ferraris, 2012; F. D'Agostini, 2013, 59 ss.

⁴⁹ V. indicazioni nella n.34.

⁵⁰ V. *supra*, n. 3.

Dall'altro lato, è opportuno sgombrare il campo da un falso problema che è però ricorrente in larga parte della letteratura processualistica. Si tratta della tesi per cui, posto che nel processo non si possono conseguire verità *assolute*, per conseguenza in esso non potrebbe accertarsi *nessuna* verità⁵¹. Si tratta dell'atteggiamento che potrebbe popperianamente definirsi dell'"assolutista deluso"⁵², ma malgrado l'autorità di alcuni dei suoi sostenitori, come ad es. Francesco Carnelutti⁵³, si tratta di un argomento chiaramente privo di senso⁵⁴. Per un verso, infatti, si può rilevare che verità assolute non vengono conosciute né all'interno né all'esterno del processo (salvo che in qualche religione integralista), dato che anche la scienza è fallibile e mutevole. Quindi è ovvio che nel processo non si scopra nessuna verità assoluta. Tuttavia ciò non implica –e questo è l'errore fondamentale– che *quindi* non si possa conseguire nessuna verità. Nel processo, come al di fuori di esso, ciò che si può conseguire è una verità *relativa*, che per il fatto di non essere assoluta non cessa di offrire conoscenze veritiere. Vale anzi la pena di sottolineare che non si tratta di una relatività *sogettiva*, per la quale ognuno sarebbe libero di formarsi qualunque personale convincimento, che quindi sarebbe per definizione veritiero, come quello del Cardinal Bellarmino. Si tratta invece di una relatività *oggettiva*, dato che la verità della narrazione fattuale è strettamente e direttamente connessa con la quantità e la qualità delle informazioni che le prove hanno offerto sui fatti del caso⁵⁵. Giustamente, allora, si sottolinea che sarebbe opportuno massimizzare il *weight of evidence*, ossia l'insieme delle prove disponibili in ogni caso specifico, poiché in tal modo si incrementerebbe la qualità della decisione finale⁵⁶. D'altronde, non tutti i sistemi processuali sono

⁵¹ In argomento v. M. Taruffo, 1992, 24 ss., e ivi numerosi riferimenti; Id., 2009, 82 ss.

⁵² Cfr. M. Taruffo, 2012a, 58 ss.

⁵³ Cfr. in argomento M. Taruffo, 2016, 401 ss.

⁵⁴ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, 2016, 59 ss.

⁵⁵ In proposito v. M. Taruffo, 2016, 83. Per una critica al relativismo soggettivo cfr. D. Marconi, 2007.

⁵⁶ In questo senso v. in particolare D.A. Nance, 2016, 103 ss., 184 ss. Analogamente, gli epistemologi parlano di un *total evidence principle*: v. ad es. A. Goldman, 2003, 204, 283.

uguali dal punto di vista della disciplina che essi dedicano all'ammissibilità delle prove, sicché sul piano comparatistico occorrerebbe distinguere gli ordinamenti che tendono a favorire l'accertamento della verità da quelli che in vario modo tendono ad ostacolarlo introducendo varie regole di esclusione di prove rilevanti⁵⁷.

Nella concezione della verità giudiziale come verità oggettivamente relativa emergono due aspetti particolarmente rilevanti, che qui possono essere solo indicati in estrema sintesi.

Uno di questi aspetti è che tale verità relativa può essere concepita solo come una *approssimazione* –che quindi può manifestarsi in gradi diversi a seconda del *weight of evidence* disponibile nel caso concreto– alla verità “vera” degli enunciati fattuali in questione. La verità in senso generale opera dunque come un ideale regolativo (il Polo Nord irraggiungibile) che orienta l'attività delle parti, ma soprattutto la decisione del giudice, in particolare nella utilizzazione e nella valutazione delle prove. In altri termini, si può dire che le prove attribuiscono diversi *gradi di conferma* a tali enunciati, e in questi gradi di conferma si esprime il livello di approssimazione che la verità relativa nel caso specifico raggiunge in riferimento a quella che sarebbe la verità finale di tali enunciati⁵⁸.

L'altro aspetto rilevante è che, di conseguenza, la decisione finale sulla verità degli enunciati fattuali è interpretabile in termini di *probabilità*. Il tema è troppo complesso per essere affrontato qui come meriterebbe. Basti allora sottolineare che sembra inadeguato l'orientamento –pure abbastanza diffuso– che ricorre al calcolo della probabilità quantitativa fondato sull'applicazione del teorema di Bayes⁵⁹, mentre si giustifica il ricorso alla nozione della probabilità *logica*. In tal modo, infatti, l'attenzione viene a concentrarsi sul ragionamento che il giudice pone in essere per fondare sulle prove la sua decisione finale sui fatti, ed assume particolare rilievo la struttura inferenziale di tale ragionamento⁶⁰.

⁵⁷ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p.144 ss.

⁵⁸ In argomento v. più ampiamente Taruffo, 2009, 218 ss.

⁵⁹ V. per tutti, e per riferimenti, P. Garbolino, 2014. In senso critico v. già M. Taruffo, 1992, 166 ss., ed inoltre J. Ferrer Beltrán, 2007, 98.

⁶⁰ In argomento v. più ampiamente M. Taruffo, 2012b, 220 ss.; Id., 2009, 207 ss.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A.A.V.V., 2011, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3rd ed. Federal Judicial Center, Washington. <https://doi.org/10.17226/13163>

ALLEN, Roland J., 1986, «A Reconceptualization of Civil Trials». *Boston University Law Review*, 66: 401–437.

ALLEN, Roland J., 1991, «The Nature of Juridical Proof». *Cardozo L.Rev.*, 13 (2-3): 373-342.

ALLEN, Roland J., PARDO, Michael S., 2008, «Juridical Proof and the Best Explanation». *Law & Philosophy*, 27, 3: 223- 268. <https://doi.org/10.1007/s10982-007-9016-4>

ALLEN, Roland J., STEIN, Alex, 2013, «Evidence, Probability, and the Burden of Proof». *Arizona L. Rev.*, 55: 557-602. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2245304>

AMSTERDAM, Anthony G., BRUNER, Jerome S., 2000, *Minding the Law*. Harvard University Press, Cambridge, Mass.-London.

BENNETT, W. Lance, FELDMAN, Martha S., 1981, *Reconstructing Reality in the Courtroom – Justice and Judgment in American Culture*. Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey (US).

BORGES, Jorges Luis, 1998, *Otras inquisiciones*. Alianza, Madrid.

BRUNER, Jerome S., 2002, *La fabbrica delle storie*. Diritto, letteratura, vita, tr.it. Laterza, Roma-Bari.

CAVALLA, Francesco, 2011, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in Id., *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, II ed. p.17 ss., Franco Angeli, Milano.

CONTE, Amedeo G., 2007, «Tres vidit. Verità apofantica, verità eidologica, verità idiologica». In *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, a cura di F. Cavalla, 159-183. Franco Angeli. Milano.

D'AGOSTINI, Franca 2011, *Introduzione alla verità*. Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

EAD, 2013, *Realismo? Una questione non controversa*. Franca D'Agostini, Torino.

DE CARO, Mario, FERRARIS, Maurizio, 2012, *Bentornata Realtà. Il nuovo realismo in discussione*. Einaudi, Torino.

DI DONATO, Flora, 2008, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*. Franco Angeli, Milano.

- DI DONATO, Flora, 2012, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*. Guida, Napoli.
- ECO, Umberto, 1990, *I limiti dell'interpretazione*. Bompiani, Milano.
- ENGISCH, Karl, 1960, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.Aufl. Winter, Heidelberg.
- FERRARIS, Maurizio, 2012, *Manifesto del nuovo realismo*. Laterza, Roma-Bari.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007, *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- GADAMER, Hans-Georg, 1986, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. J.C.B. Mohr, Tübingen (trad. it., *Verità a metodo*, Bompiani, Milano).
- GARBOLINO, Paolo, 2014, *Probabilità e logica della prova*. Giuffré, Milano.
- GIULIANI, Alessandro, 1959, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*. Giuffré, Milano.
- GIULIANI, Alessandro, 1988, «*Prova in generale. a) Filosofia del diritto*». In *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 518 ss. Giuffré, Milano.
- GOLDMAN, Alvin, 2003, *Knowledge in a Social World*. Oxford University Press, Oxford. <https://doi.org/10.1093/0198238207.001.0001>
- HAACK, Susan, 2014, *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge University Press, Cambridge. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139626866>
- HO, Hock Lai, 2008, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*. Oxford University Press, Oxford. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199228300.001.0001>
- HRUSCHKA, Joachim, 1965, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zur Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*. Duncker & Humblot, Berlin.
- KIRKHAM, Richard L., 1995, *Theories of Truth. A Critical Introduction*. MIT Press, Cambridge, Mass.-London.
- MARCONI, Diego, 2007, *Per la verità. Relativismo e filosofia*. Einaudi, Torino.
- MOURÃO Lopes Filho, 2016, *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*, 2 ed. Editora Jus Podivum, Salvador-Bahia.
- NANCE, Dale A., 2016, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*. Cambridge University Press, Cambridge. <https://doi.org/10.1017/cbo9781316415771>

NIEVA FENOLL, Jordi, 2010, *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

PASTORE, Baldassare, 1996, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Giuffré, Milano.

PASTORE, Baldassare, 2015, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.

PENNINGTON, Nancy, HASTIE, Reid, 1991, «A Cognitive Theory of Juror Decision Making. The Story Model», *Cardozo L. Rev.* 13, p.519 ss.

SEARLE, John, 1999, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*. Basic Book, New York.

TARUFFO, Michele, 1992, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Giuffré, Milano.

TARUFFO, Michele, 2009, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza, Bari.

TARUFFO, Michele, 2012a, «Fatti e prove». In *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, 3-75. Giuffré, Milano.

TARUFFO, Michele, 2012b, «La valutazione delle prove». In *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, 207-260. Giuffré, Milano.

TARUFFO, Michele, 2012c, *Le prove per induzione*, in *La prova nel processo civile*. a cura di M. Taruffo, 1101-1127. Giuffré, Milano.

TARUFFO, Michele, 2012d, «Il fatto e l'interpretazione». In *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, 123-138. Giuffré, Milano.

TARUFFO, Michele, 2016a, «La prova scientifica. Cenni generali», in *Ragion pratica*, 47(2), 335-354.

TARUFFO, Michele, 2016b, «Carnelutti e la teoria della prova», in *Riv.trim.dir.proc. civ.*, 399 ss.

TARUFFO, Michele, 2017, «Prova scientifica e giustizia civile». In *Giurisprudenza e scienza*, AA.VV., 241-257, Bardi Edizioni, Roma.

TUZET, Giovanni, 2016, *Filosofia della prova giuridica*, II ed. Giappichelli, Torino.

UBERTIS, Giulio, 2012, «Riflessioni su processo e verità». In *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, 209-210. Giuffré, Milano.

UBERTIS, Giulio, 2017, «*Prova scientifica e giustizia penale*». In *Giurisprudenza e scienza*, AA.VV., 1192-1203, Bardi Edizioni, Roma.

VERGÈS, Etienne, VIAL, Géraldine, LECLERC, Olivier, 2015, *Droit de la preuve*. Presses Universitaires de France, Paris.

VIOLA, Francesco, ZACCARIA, 2003, Giuseppe, *Le ragioni del diritto*. Il Mulino, Bologna.

ZACCARIA, Giuseppe, 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Bari.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): este artigo é uma versão revisada do trabalho que será publicado em próximo número de *Ars Interpretandi*, 2018; o autor assegura que não há plágio de terceiros.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/12/2017
- Retorno rodada de correções: 05/02/2018
- *Autor convidado*

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Editora-assistente: 1 (BC)

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2018.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.136>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência¹

A Minimalist and Garantistic Conception of the Presumption of Innocence

Jordi Ferrer Beltrán

Professor de Filosofia do Direito da Universitat de Girona – Espanha

Diretor da Cátedra de Cultura Jurídica

jordi.ferrerb@udg.edu

 orcid.org/0000-0002-5684-6721

RESUMO: O artigo visa abordar as múltiplas facetas que a presunção de inocência incorpora nos modernos sistemas jurídicos desde uma perspectiva crítica. Neste sentido, a partir de uma metodologia analítica busca-se demonstrar que algumas dessas facetas se sobrepõem a outros direitos e institutos jurídicos o que, finalmente, longe de aumentar as garantias dos cidadãos, chega a produzir confusão e falta de controlabilidade das decisões judiciais. Assim, defende-se a conveniência conceitual e prática de se pensar a presunção de inocência evitando sobreposições com outros direitos ou conceitos jurídicos; como standards de prova ou ônus da prova. Daí a referência a uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência e, como será possível ver, a defesa da presunção de inocência como uma regra de segunda ordem cuja aplicação cobraria sentido em contextos de incerteza sobre a satisfação do standard de prova.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; minimalismo conceitual; standards de prova; regra de segunda ordem; contexto de dúvida.

ABSTRACT: *The article aims to address the multiple faces that the presumption of innocence incorporates in modern legal systems from a critical perspective.*

¹ Artigo publicado originalmente em espanhol em: MARTÍ MARMOL, Josep Lluís; MORESO, Josep Joan (orgs), *Contribuciones a la filosofía del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012. Tradução ao português de Janaina Matida, Professora de Teoria do Direito da UFRJ, doutoranda da Universitat de Girona (Espanha).

In this sense, an analytical methodology seeks to demonstrate that some of these faces overlap with other legal rights and institutes, which, far from increasing the guarantees of citizens, leads to confusion and lack of controllability of judicial decisions. Thus, it is defended the conceptual and practical convenience of thinking the presumption of innocence avoiding overlaps with other legal rights or concepts, as standards of proof or burden of proof rules. Hence the reference to a minimalist and garantistic conception of the presumption of innocence and, and, as will be seen, the defense of the presumption of innocence as a second order rule whose application would make sense in contexts of uncertainty about the satisfaction of the standard of proof.

KEYWORDS: *presumption of innocence; conceptual minimalist; standards of proof; second order rule; context of doubt.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. As distintas facetas da presunção de inocência; 1.1. A dimensão extraprocessual da presunção de inocência; 1.2. A dimensão processual da presunção de inocência; 1.2.1. A presunção de inocência como princípio informador do processo penal; 1.2.2. A presunção de inocência como regra de tratamento processual; 1.2.3. A presunção de inocência como regra probatória; 1.2.4. A presunção de inocência como regra de julgamento; 2. De novo sobre a presunção de inocência como regra sobre o ônus da prova; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Apesar do recente reconhecimento no direito espanhol do direito fundamental à presunção de inocência ou, quem sabe, precisamente por ele, muitos são os trabalhos que têm se dedicado à sua análise e já chegam a milhares as decisões nas quais o alcance desse direito e de sua proteção foram os objetos principais do debate.

Com efeito, a vigente Constituição de 1978 é o primeiro texto jurídico espanhol no qual se reconhece expressamente e com esse nome o direito à presunção de inocência no processo penal². Isso não

² O artigo 24.2 da vigente Constituição espanhola estabelece que: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la

supõe, evidentemente, que esse direito, ou alguma de suas facetas, foi totalmente desconhecido para o direito espanhol anterior a essa data. De fato, o próprio Tribunal Constitucional repetiu frequentemente em sua

defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. Pode-se encontrar uma boa apresentação histórica em: VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal* (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español), Barcelona: Ed. Bosch, 1984; TOMÁS Y VALIENTE, F. In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987; VEGAS TORRES, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 1993, 13-35 OVEJERO PUENTE, A. M^a. Constitución y derecho a la presunción de inocencia, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 21-71. No âmbito internacional, a presunção de inocência foi reconhecida, sob a influência do pensamento iluminista, no artigo 9.2. da Declaração do Homem e do Cidadão, em 1789: “Todo homem é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (sobre as referências iluministas no âmbito penal vid. BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, Milano: Mondadori, 1764, 1991, cap. XVI, p. 54 e, sobre a influência de Beccaria no pensamento iluminista francês, ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 364). Por sua parte, o artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, estabelece que: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. O artigo 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1966, dispõe que: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”. O artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, estabelece que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. O artigo 6.2 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, regula que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. E quase idêntica redação tem, finalmente o artigo 48.1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

primeira jurisprudência que a presunção de inocência reconhecida no texto constitucional supunha a constitucionalização do *in dubio pro reo*, tradicionalmente presente no direito processual penal em sede legislativa³.

A partir daí, a abundante jurisprudência sobre a presunção de inocência, tanto do Tribunal Constitucional como do Tribunal Supremo, assim como a dogmática processual e penal, que neste ponto seguiu de forma pouco crítica e sem colocar em dúvida a doutrina desenvolvida jurisprudencialmente, deram forma a um direito à presunção de inocência de carácter poliédrico. Em ocasiões poderia parecer inclusive que o maior reconhecimento à importância desse direito se levasse a cabo ao lhe dotar de cada vez mais facetas; isto é, quanto mais numerosos fossem os aspectos processuais que fossem predeterminados por ele.

Pois bem, o objeto deste trabalho não é de realizar uma análise teórica acerca, por exemplo, do carácter de falsa presunção da presunção de inocência⁴. Pretendo proceder, mais precisamente, a um exercício de metajurisprudência, analisando as diversas facetas do poliédrico direito

³ Mais tarde, como veremos, o próprio Tribunal modificou a sua doutrina sobre a relação entre a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*.

⁴ O que foi assumido de forma geral por parte da doutrina espanhola (vid. ao respeito: VÁZQUEZ SOTELO, J.L., op. cit., pp. 268-279; ROMERO ARIAS, E. *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 38 ss.). Com efeito, uma norma que estabelece uma presunção tem a forma de “Se está provado A, presume-se B”. A é o fato básico da presunção. B é o fato presumido. Se a presunção é *iuris tantum*, será possível derrotá-la em caso de que se prove que, ainda que tenha ocorrido A não tenha ocorrido B, mas a não ocorrência de B deverá ser provada para derrotar a presunção. Se a presunção é *iuris et de iure*, uma vez provada a ocorrência de A, B será presumido e aceito no raciocínio sem possibilidade de prova contrária (ao respeito, vid., por todos: WRÓBLEWSKI, J. Structure et fonctions des présomptions juridiques, en Perelman, Ch. y Foriers, P.: *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruxelles: Bruylant, 1974: 48 e MENDONÇA, D. Presunciones, *Doxa*, nº 21, vol. 1, 1998, p. 92). Mas resulta que na chamada presunção de inocência não existe nenhum fato básico, A, a partir de cuja prova se desencadeie a presunção, o que permitiria duvidar de que esta seja uma norma de presunção. A jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, por outro lado, veio considerando a presunção de inocência como uma verdadeira presunção *iuris tantum* (uma boa representação das teses jurisprudenciais pode ser encontrada em: MONTAÑÉS PARDO, M.A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 43-44). Vid., no mesmo sentido que o TC y el TS: LUZÓN CUESTA, J.M^a. *La presunción de inocencia ante la casación*, Madrid: Colex, 1991. p. 13-14. Cfr. também o dito na nota 17, mais abaixo.

no qual a doutrina, em especial a do Tribunal Constitucional, transformou a presunção de inocência. Sustentarei que muitas dessas facetas do poliedro são absolutamente irrelevantes: ao já estarem protegidas por outros direitos fundamentais, a situação jurídica do cidadão não variaria se o desenho da presunção de inocência não as incluísse. Por outro lado, também sustentarei que a operatividade como garantia processual da presunção de inocência exige dispor de um standard de prova intersubjetivamente controlável, o que hoje estamos longe de ter.

1. AS DISTINTAS FACETAS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como acabo de indicar, a presunção de inocência se configura, em seu desenvolvimento jurisprudencial como um apanhado de direitos, processuais e extraprocessuais, que constituem as distintas facetas da presunção⁵ e que merecem uma atenção detalhada. Analisarei criticamente cada uma dessas facetas e alguns dos problemas que elas apresentam.

1.1. A DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Além dos aspectos estritamente processuais⁶ que são declarados inerentes à presunção de inocência, existiria também como direito fora do processo judicial. Com efeito, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a presunção de inocência também

⁵ STC 111/1999.

⁶ É preciso advertir que os aspectos processuais da presunção de inocência se apresentaram inicialmente na estrita margem do processo penal, mas hoje se admite de forma geral que não se esgotam nele, senão que abarcam a todo o processo “onde se trate da aplicação de sanções, ainda que não sejam penas” (VÁZQUEZ SOTELO, J.L., op. cit., p. 300; tradução livre da tradutora - de agora em diante, TLT; também, entre outros: GIMENO SENDRA, J.V. Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales, in Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid: Edersa, 1982. 189; RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona: Ed. Bosch, 1988, p. 15; PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid: Trotta, 1992, p. 235 ss.). No âmbito jurisprudencial, assim foi também estabelecido pela STC 13/1982, a que outras muitas seguiram.

“opera em situações extraprocessuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de não-autor ou partícipe em fatos de caráter delituoso ou análogos a esses e determina, em consequência, que o direito a que não se apliquem as consequências ou os efeitos jurídicos atribuíveis a fatos de tal natureza às relações jurídicas de todo tipo “(STC 109/1986, F. J. 1º)⁷.

As situações extraprocessuais nas quais a presunção de inocência seria aplicável poderiam ser de dois tipos: aquelas que implicam o poder sancionador do Estado, i.e., o procedimento administrativo sancionador, e as relações entre particulares. Em princípio, poderia parecer não apresentar maiores problemas o primeiro deles, pela evidente analogia dele com o processo penal. Por outro lado, resulta mais discutível a extensão do direito à presunção de inocência às relações entre particulares.

O âmbito em que mais amplamente a presunção de inocência encontrou-se aplicável entre particulares é no tratamento informativo e jornalístico.

Nele, os meios de comunicação teriam a obrigação de tratar qualquer cidadão como não-autor de um ilícito e, como pessoa objeto de informação de direito, o direito de ser tratada como tal. Em outros termos, os meios de comunicação são proibidos de atribuir a uma pessoa a comissão ou participação de um delito (ou infração não-penal) até que se produza sentença condenatória ao respeito⁸.

⁷ STC 109/1986, F.J. 1º (tradução livre). Ainda que o ponto não esteja isento de discussão, boa parte da dogmática seguiu também a doutrina jurisprudencial acerca do alcance extraprocessual da presunção de inocência. Vid., por exemplo: LUZÓN CUESTA, J.M^a., op cit., p. 13.

⁸ Veja-se no que se refere ao Tribunal Constitucional, entre outras, a STC 219/1992 e, por parte do Tribunal Supremo, a STS de 16 de março de 1990. A aplicabilidade da presunção de inocência a âmbitos extraprocessuais é um dos argumentos utilizados por Ovejero Puente para negar-lhe o caráter de garantia processual (OVEJERO PUENTE, op. cit., p. 87 e ss). O outro argumento é de caráter constitucional e não processual do direito à presunção de inocência. O alcance do primeiro argumento será discutido em seguida no texto. O segundo argumento parece, a meu entender, uma clara confusão entre o caráter processual ou substantivo de uma norma e sua hierarquia normativa. Neste sentido, a localização da norma na fonte constitucional nada diz acerca de seu caráter processual ou substantivo.

No entanto, não surpreende, em minha opinião, que a aplicação da presunção de inocência nestes âmbitos por parte da jurisprudência se reduza a um mero reconhecimento retórico, visto que a própria Constituição oferece proteções mais operativas através da aplicação de outros direitos, em especial, do direito à honra e à própria imagem, de maneira que a adição do direito à presunção de inocência não supõe uma maior proteção e cai, pois, na irrelevância. Assim reconheceu o próprio Tribunal Constitucional, que na sua sentença 166/1995 declara expressamente que, apesar do reconhecimento na STC 109/1986 da dimensão extraprocessual da presunção de inocência, esta

“não constitui por si mesma um direito fundamental distinto ou autônomo daquele que emana dos artigos 10 e 18 da Constituição, de tal modo que há de ser o desrespeito desses preceitos, e especificamente do artigo 18, o que sirva de base a sua proteção através do recurso de amparo”.⁹

Em resumo, é o próprio Tribunal quem declara a irrelevância jurídica dessa dimensão extraprocessual da presunção de inocência que ele mesmo construiu¹⁰. Em minha opinião, sem embargo, poderia restar ainda um espaço para a aplicação da presunção de inocência nessas hipóteses. Se se sustenta que o recurso ao direito à honra, por exemplo, é proteção suficiente nesses casos, a pergunta relevante seria essa: por que afeta a honra de Pedro a publicação por um meio de comunicação de que ele cometeu um homicídio antes de que ele tenha sido por ele condenado? O meio de comunicação poderia alegar que a honra de Pedro não lhe protege se cometeu o homicídio. Mas, precisamente aqui aparece a função da presunção de inocência: a honra de Pedro é afetada porque até o momento da condenação ele deve ser presumido inocente, *i.e.*, tratado como inocente. Desse modo, dizer que o direito fundamental afetado é o direito à honra não excluiria que houvesse um espaço para a aplicabilidade da presunção nestes casos, senão que, melhor dizendo, a presunção lhe faria as vezes de um pressuposto.

⁹ STC 166/1995 (tradução livre).

¹⁰ Para uma crítica, a meu entender, não convincente, *vid.*: OVEJERO PUENTE, *op. cit.*, p. 365-374.

1.2. A DIMENSÃO PROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O âmbito principal de aplicação da presunção de inocência é o processo judicial, em especial (ainda que não unicamente, como temos visto), na jurisdição penal. Nesse contexto, a jurisprudência desenvolveu quatro facetas principais do direito em exame, ou, se se preferir, decom pôs o macro-direito à presunção de inocência em direitos mais específicos os quais se circunscrevem a quatro âmbitos de aplicação diferentes¹¹. Vejamos.

1.2.1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DO PROCESSO PENAL

Tem-se sustentado reiteradamente, quase como um lugar comum, que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo o processo penal. Assim, o Tribunal Constitucional declarou que a presunção de inocência “serve de base a todo procedimento criminal e condiciona a sua estrutura, constituindo um dos princípios cardiais do Direito Penal contemporâneo, em suas facetas substantiva e formal”¹². Neste sentido, a presunção de inocência atua “como limite ao poder legislativo e como critério condicionador das interpretações das normas vigentes”¹³ (STC109/1986, F.J. 1o) a respeito do processo penal.

Parece, pois, que a interpretação jurisprudencial constitucional do artigo 24.2 da Constituição espanhola extrai deste duas normas de obrigação direcionadas aos poderes públicos estatais. Por um lado, uma norma cujo destinatário é o legislador ordinário e que lhe impõe regular de determinado modo o processo penal. Por outro, uma norma direcionada

¹¹ O próprio Tribunal Constitucional espanhol percebeu e declarou expressamente que se trata de regras e direitos distintos, que estariam constitucionalizados mediante o nome comum de ‘presunção de inocência’. Vid. STC 66/1984, F.J. 1º.

¹² STC 111/1999, FJ 2º (tradução livre). Ver também, entre muitos, VEGAS TORRES, J. *op. cit.*, p. 35 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 12, p. 257-299, 1992, p. 274; poder-se-ia dizer que, neste ponto, tanto a jurisprudência espanhola como boa parte da doutrina seguiram a tese da denominada Escola clássica do direito penal, encabeçada na Itália por Carrara. Vid., o respeito, uma boa apresentação em VEGAS TORRES, J. *op. cit.* p. 20 ss.

¹³ STC109/1986, F.J. 1o (tradução livre).

aos juízes e tribunais lhes obrigando a selecionar interpretações dos dispositivos processuais que sejam compatíveis com a presunção de inocência.

No entanto, deixando de lado considerações mais gerais acerca da duvidosa capacidade reguladora dos princípios¹⁴, as seguintes perguntas resultam relevantes aqui: quais são os limites que esse princípio informador impõe ao legislador na hora de regular o processo penal? Que condicionantes ele impõe aos juízes e tribunais ao momento de selecionar interpretações dos dispositivos processuais vigentes? Entendo que cabem duas respostas a essas perguntas: ou bem esses limites e condicionantes são independentes das outras facetas processuais da presunção de inocência - que serão expostas e analisadas à continuação - ou bem não são mais que o outro lado da moeda dessas últimas.

Com efeito, como se verá em seguida, o desenvolvimento jurisprudencial e dogmático da presunção de inocência extraiu dela uma boa quantidade de direitos subjetivos do cidadão, que desempenhariam o papel de garantias processuais. Uma vez determinada a lista das garantias processuais, constitucionalmente protegidas, cabe entender que estas são precisamente as que constituem um limite ao legislador em sua competência reguladora do processo penal: o legislador não poderia desenhar o processo penal de forma a se violar algum desses direitos subjetivos considerados fundamentais. O mesmo cabe dizer dos limites impostos aos juízes e tribunais em suas decisões interpretativas. Mas, se é assim, a faceta da presunção de inocência como princípio informador do processo penal se reduz à aplicação desses mesmos direitos e, portanto, não é uma faceta que independe deles. Recorrendo às modalidades hohfeldianas¹⁵, pode-se dizer que o direito subjetivo do cidadão, por exemplo, de não ser condenado em um processo penal se não há prova de sua autoria, é correlativo ao dever dos juízes de não condenar sem essa prova e ao

¹⁴ Não posso aqui abordar esse espinhoso tema por razões de espaço. Apenas direi que, se os princípios são normas cujas condições de aplicação estão parcialmente abertas, então não podem ser aplicados para resolver um caso até que se tenham fechado as suas condições de aplicação, i.e., transformados em regras.

¹⁵ Vid. HOHFELD, W.N. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 16, nº 23. Citado por la traducción castellana de Carrió, G.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, D.F.: Fontamara, 1913, 1992. p. 47.

dever do poder legislativo de não regular o processo penal de maneira que essa condenação seja possível. O mesmo tipo de raciocínio pode ser realizado sobre cada uma das garantias processuais que comumente se extraem da presunção de inocência¹⁶.

1.2.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO PROCESSUAL

Trata-se de uma regra que rege o tratamento que deve ser dado a qualquer pessoa que se veja imersa como sujeito passivo de um processo penal. Assim, a presunção de inocência como regra de tratamento impõe tratar o imputado como se fosse inocente (STC 66/1984, F. J. 1o) até que contra ele se emita sentença que declare a sua culpabilidade. Nesta faceta da presunção de inocência à qual apelam expressamente a maioria de declarações internacionais de direitos e de textos constitucionais (com exceção do espanhol, que se limita a estabelecer o direito à presunção de inocência, sem maiores especificações).

A garantia processual que a presunção de inocência outorga aqui supõe que o Estado não pode tratar o cidadão de outra forma a não ser como inocente até que o juiz ou tribunal, depois de um processo com todas as garantias, declare provada a sua culpabilidade¹⁷. Nada se

¹⁶ Também colocam em discussão, precisamente, o caráter da presunção de inocência como princípio informador de todo o processo penal, ainda que por razões parcialmente distintas às já expostas aqui, mas não incompatíveis com elas: CHIAVARIO, M. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara, en AA.VV.: *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 614-615; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, p. 122-123.

¹⁷ Observe-se, em linha do sinalizado na nota 4, que não tem sentido sequer pensar o direito à presunção de inocência como regra de tratamento na forma de regra de presunção. Não se trata que, dado um fato A, deva-se presumir um fato B (i.e., a inocência). E menos ainda que esta presunção, como sustenta uma parte da doutrina e da jurisprudência, seja uma presunção *iuris tantum*. Como regra de tratamento, o que permitiria destruir a presunção? O que é que há de ser presumido? Mais precisamente, parece ter forma de ficção jurídica: a regra estabelece que, até o momento em que recaia sentença condenatória, o acusado deve ser tratado *como se fosse inocente*. A discussão sobre a compatibilidade desta regra com as medidas cautelares no processo penal seria, então, um debate sobre o âmbito de aplicação da referida ficção,

diz, neste ponto, a respeito das condições nas quais estará justificada e procedente essa declaração de culpabilidade: isso será objeto de outros direitos subjetivos vinculados à presunção de inocência como regra probatória e como regra de julgamento. A única coisa que a regra de tratamento impõe é que o Estado (inclusive o próprio juiz da causa) não pode submeter o imputado a nenhum tratamento nem tomar qualquer decisão no curso do processo que suponha a antecipação da condenação e, em consequência, da pena¹⁸.

Aqui muitas questões de grande interesse prático se apresentam: por exemplo, em que momento se inicia a proteção dessa regra? Quando ela se encerra? Alguns autores afirmam que a proteção ao presumidamente inocente outorgada por essa regra de tratamento tem fim com a primeira sentença condenatória¹⁹; outros, de outra parte, sustentam que a regra deve seguir sendo aplicada até o momento em que a sentença condenatória

i.e., sobre quais são as hipóteses nas quais procede aplicá-la e quais são as hipóteses nas quais a regra não é aplicável e, portanto, podem ser aplicadas medidas cautelares que não tratem o acusado como se fosse inocente. Voltarei a esse ponto, no texto, ao final desta epígrafe.

¹⁸ Seria possível sustentar-se que a prisão preventiva, como qualquer outra medida cautelar, não supõe em qualquer caso uma antecipação da pena. Aquela implica, efetivamente, uma privação de liberdade, mas não toda privação de liberdade é uma pena no sentido estrito. Assim é, por exemplo, no caso das medidas de segurança, internações forçadas por razões sanitárias etc. A pena teria sempre como uma de suas características definitórias a reprobção, coisa que não se daria no caso da prisão preventiva. Não é objeto deste trabalho discutir as distintas teorias sobre a noção de pena ou castigo e sua justificação. Sem embargo, creio que ainda que se entendera desse modo retribucionista a pena, os problemas sinalizados nessa epígrafe não são resolvidos. O ponto de partida principal, em minha opinião, é determinar o que significa “tratar como se fosse inocente”. Pois bem, estimo que a resposta é relativa ao próprio sistema jurídico: há que se dar ao acusado o mesmo tratamento que seria consequência da declaração de inocência no processo e esse mesmo trato é que se deve dar ao acusado até que se lhe recaia sentença condenatória. Se isso é assim, resulta claro que a declaração de inocência, como tal, não tem como consequência em nossos sistemas (ainda que claro, isso é contingente) nenhum tipo de medida de segurança. Estas poderiam ser tomadas, em seu caso, mas não são em sentido estrito uma consequência jurídica da declaração de inocência, senão, em seu caso, de outros antecedentes.

¹⁹ VEGAS TORRES, op. cit., p. 41.

transite em julgado²⁰. Contudo, é claro que o problema principal que se apresenta é o da compatibilidade da presunção de inocência com as medidas cautelares no decorrer do processo penal e, em especial, com a prisão preventiva. Em outros termos, aqui se apresenta o dilema entre a garantia da segurança dos demais cidadãos e a liberdade do acusado que, sem possuir decisão condenatória, tem todos os direitos vinculados ao fato de que é o próprio Estado que pretende impor medidas cautelares sem que já lhe tenha declarado culpado²¹. O dilema foi objeto de uma ampla atenção doutrinária desde a época romana, com posturas que vão desde abolicionistas da presunção de inocência, vinculadas a um direito penal autoritário²², até as abolicionistas da prisão preventiva²³. No meio do caminho, situam-se a teses compatibilistas majoritárias que, em geral pretendem fazer compatível uma prisão preventiva muito restritiva com a vigência da presunção de inocência como regra de tratamento processual²⁴.

²⁰ FERRAJOLI, L. (1998): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza, p. 559.

²¹ Vid., por todos, MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, Garnier Frères Libraires-Éditeurs, Paris, 1748, 1878, livro XII, caps. 1-4, p. 171-175; e uma apresentação moderna em HASSEMER, W. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, *Der Strafverteidiger*, nº 1; citado por la traducción castellana de Ziffer, P.: Los presupuestos de la prisión preventiva, in Hassemer, W.: *Crítica al derecho penal de hoy*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1984, 1995, p. 105 e ss.

²² Veja-se uma apresentação em FERRAJOLI, op. cit., p. 564-6 e a bibliografia lá citada.

²³ Poder-se-ia citar aqui Ferrajoli, como defensor das teses abolicionistas da prisão preventiva. Vid. FERRAJOLI, op. cit., p. 566-572. Impedir o uso da prisão preventiva é, para esse autor, a melhor maneira de evitar cair no habitual abuso da mesma. Sem embargo, a argumentação desenvolvida por Ferrajoli deixa algumas possibilidades abertas que, como bem sinalizou Pastor, permitiriam situá-lo entre os defensores das teses compatibilistas mais restritivas da presunção de inocência (PASTOR, D. Las garantías de libertad del imputado, en AA.VV.: *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín: 2010, p. 131 e ss.).

²⁴ Entre os autores compatibilistas, encontramos boa parte dos clássicos iluministas, Vid por exemplo, HOBBS, T. *Leviatán*, trad. a cargo de Mellizo, C., Madrid: Alianza Universidad, 1651, 1989, § XXVIII, p. 249, 252 y BECCARIA, op. cit., § XIX, p. 62. E em nossos dias, apenas para citar alguns nomes: ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli, 1979, p. 33; HASSEMER, op. cit., p. 115-6; FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit. p. 123-138; y PASTOR, op. cit., p. 131 ss.

Não é o objeto de interesse central deste trabalho a análise das distintas estratégias para abordar o dilema que se apresenta entre a garantia da segurança e a garantia da presunção de inocência como regra de tratamento processual. Por isso, não me estenderei sobre esse ponto. Apenas gostaria de ressaltar que, a meu entender, as teses compatibilistas (distintas entre elas no que se refere à quantidade e severidade das restrições impostas à procedência da prisão preventiva) apresentam mal a questão se seu ponto de partida é a negação do dilema e, portanto, a compatibilidade entre as duas garantias estatais.

Vamos por partes. Três são as hipóteses em que habitualmente considera-se que procederia adotar a prisão preventiva do imputado como medida cautelar no decorrer do processo penal: o perigo de reincidência, a proteção de provas e o perigo de fuga do acusado. Resulta extremamente difícil, para não dizer conceitualmente impossível, sustentar a argumentação de que o imputado é tratado como se fosse inocente e, ao mesmo tempo, que é submetido à prisão para evitar que reincida na comissão do delito. Evidentemente, para reincidir é preciso que já tenha incidido nele, que é exatamente o que a presunção de inocência obriga a presumir que não se fez. O caso da proteção de provas é o mais duvidoso. Se trata aqui de evitar que o imputado manipule ou faça desaparecer provas que lhe sejam desfavoráveis. Ainda que para ter interesse em manipular ou fazer desaparecer provas não seja necessário que o imputado seja o autor do delito do qual é acusado, creio, sim, que de forma geral o argumento pressupõe precisamente o que a presunção de inocência nega: que é autor do delito e, por isso, fará o possível para evitar que essa circunstância possa ser provada no processo. Sobre o perigo de fuga, creio que basta dizer que o inocente não foge, senão viaja. Os próprios termos delatam o argumento ruim. Por outro lado, como já advertira Voltaire há mais de duzentos anos, cabe a possibilidade de que não seja a autoria do delito o que incentiva o imputado a fugir, mas o medo de ser submetido à prisão preventiva sem poder se defender²⁵. Se a prisão preventiva não existisse, o imputado poderia não ter motivos para fugir, ao menos até o momento imediatamente prévio

²⁵ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre Des délits et des paines, par un avocat de province*, Paris, 1766, p. 111-112.

à condenção. Até então, seu máximo interesse seria o de se defender das acusações feitas contra ele²⁶.

Não quero entrar na discussão acerca da justificabilidade da prisão preventiva nestas ou noutras hipóteses. Meu único interesse é sinalizar que a situação seria melhor descrita se aqueles que defendem o caráter legítimo de se adotar algumas hipóteses da prisão preventiva (ou outras medidas cautelares) durante o processo sustentassem que, nesses casos, o direito à presunção de inocência como regra de tratamento processual é vencido por argumentos mais fortes, privilegiando-se, assim, o lado do dilema que atende a proteção da segurança cidadã. Falar de limites no âmbito da aplicação da presunção de inocência como regra de tratamento processual parece-me uma melhor apresentação conceitual da situação a pretender encontrar uma compatibilidade entre ser tratado como inocente e concomitantemente ser posto em prisão. Assim apresentado, o debate entre abolucionistas (da prisão preventiva ou da presunção de inocência) e compatibilistas seria, melhor dizendo, um debate entre os limites da presunção de inocência como regra de tratamento processual, i.e., se pode ser derrotada e, nesse caso, sob quais condições.

1.2.3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA

Seguindo o desdobramento da presunção de inocência em direitos mais específicos, realizado pela doutrina e pela jurisprudência, encontramos mais uma faceta processual dela. Trata-se da dimensão da presunção de inocência como regra probatória²⁷. O desenvolvimento desta dimensão da presunção de inocência foi realizado na Espanha,

²⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 569-570.

²⁷ Seguirei a distinção proposta por Fernández López entre a faceta da presunção de inocência como regra probatória e a faceta como regra de julgamento sobre os fatos (FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit. p. 139 ss.). Evidente, em um sentido pode-se dizer que ambas são aspectos da prova no processo, mas creio que sua separação permite perceber com maior clareza que a primeira versa sobre a prova como atividade no processo judicial, enquanto que a segunda versa sobre a prova como resultado daquela atividade, isto é, sobre a declaração de fatos provados a ser realizada na sentença judicial. Sobre a distinção entre prova como atividade e como resultado, vid. FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 40-3.

fundamentalmente, pela sentença do Tribunal Constitucional 31/1981. Nesta sentença, o Alto Tribunal declarou que o direito à presunção de inocência tem implicações diretas sobre como deve ser o procedimento probatório que possa dar lugar à derrota da própria presunção, mediante a sentença de culpabilidade. Dito de outra maneira, não basta que recaia sentença que declare a condenação para que a presunção de inocência ceda: essa declaração deve ser a conclusão de um procedimento probatório com todas as garantias processuais. Esta parece ser uma razoável interpretação de alguns tratados internacionais que, como o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.2), estabelecem que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpabilidade *conforme a lei*”²⁸ (o grifo é meu). O mesmo se pode dizer do artigo 6.2 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que dispõe que “toda pessoa acusada de uma infração se presume inocente até que sua culpabilidade *haja sido legalmente declarada*”²⁹ (o grifo é meu).

Assim, a STC 31/1981, da que partem e a qual seguem todos os desenvolvimentos jurisprudenciais posteriores, sustenta que a sentença que declare a culpabilidade do imputado e, portanto, a derrota da presunção de inocência deve cumprir uma série de requisitos procedimentais probatórios para que a presunção seja, efetivamente, vencida e não-violada: a) deve ser a conclusão de um procedimento no qual tenha ocorrido, ao menos, uma mínima atividade probatória; b) que possa ser considerada prova de autoria; c) produzida pela acusação; d) praticada em um juízo oral; e, e) que tenha sido obtida respeitando todas as garantias constitucionais e legais.

Sem que isso signifique objeção às cinco condições postas como expressão do que seja o devido processo penal, parece sim mais que discutível que elas façam parte do exigido pelo direito à presunção de inocência, ao menos em sua faceta de regra probatória³⁰. Se, por outro lado,

²⁸ Tradução livre de: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad *conforme a la ley*”.

²⁹ Tradução livre de: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido *legalmente declarada*”.

³⁰ Vegas Torres (op. cit., p. 43-5) apresenta um argumento interessante neste ponto e parcialmente distinto ao sustentado pelo Tribunal Constitucional.

afirma-se que o direito à presunção de inocência como regra probatória abarca todas essas subregras, então é fácil observar que muitas delas se tornam garantias irrelevantes, uma vez que já estão protegidas por outros direitos ou outras facetas da presunção de inocência. Para demonstrar isso com clareza, convém analisar cada um dos referidos requisitos.

A) e B) se sobrepõem claramente com a faceta da presunção de inocência como regra de julgamento. Como se verá em seguida, se dispomos de um standard de prova, o cumprimento do mesmo já supõe a atenção às exigências A) e B). Isso resulta ainda mais evidente a partir do momento em que tanto o Tribunal Constitucional³¹, como o Tribunal Supremo³² adicionaram o requisito de que a mínima atividade probatória sobre a autoria seja *suficiente* para apoiar a decisão condenatória³³. Determinar quando a prova de autoria é suficiente para justificar a condenação é precisamente a função de um standard de prova. Portanto, uma vez que se disponha o standard de prova, esses requisitos ficam subsumidos nele e adicioná-los aqui resulta totalmente supérfluo. Se, por outro lado, não se dispõe de um standard de prova que estabeleça quando a prova é suficiente, a mera remissão à suficiência não produz garantia alguma ao cidadão. Voltarei, em todo caso, a este ponto na epígrafe seguinte.

D), por sua parte, (i.e., que a prova seja praticada no juízo oral) é um requisito de fiabilidade da prova. Que se exija que as provas sejam praticadas no juízo tem sentido como instrumento para possibilitar ou facilitar, em cada caso, a imediação, a publicidade e, especialmente, o contraditório na prática das provas. E todas elas são exigências encaminhadas a melhorar a fiabilidade da prova que se adiciona ao processo e

Assim, o autor sustenta, a presunção de inocência não atribui per se todos esses direitos ao acusado. Trata-se, melhor dizendo, de uma norma constitucional em branco que converte em direito fundamental o cumprimento das regras probatórias legais. Isso é o que significaria que a sentença condenatória deve ser a conclusão de um procedimento probatório conforme à lei. Mas a constituição delegaria à lei a determinação de qual é esse procedimento probatório. Em todo caso, pelas razões que exporei em seguida no texto, tampouco esse argumento me parece convincente.

³¹ STC 259/1994, F.J. 2o, por exemplo.

³² STS de 16 de junho de 1992, entre outras muitas.

³³ VEGAS TORRES, op. cit., p. 129 e ss; MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 596 ss.

a uma melhor valoração dela. Em especial, a prática da prova em juízo oral é um requisito cuja função é de possibilitar o contraditório na sua própria prática; a capacidade de superar as objeções e as contra-provas é, precisamente, um dos critérios fundamentais para outorgar fiabilidade à prova³⁴. Portanto, entendo que esse requisito D) resta também subsumido às exigências do standard de prova, por um lado, e do devido processo legal, por outro (na medida em que o devido processo deve ser tal que permita superar o standard de prova estabelecido para ele).

O requisito E) (i.e., a exclusão das provas ilícitas como fundamento para a condenação penal) não tem nada a ver, em minha opinião, com a presunção de inocência. A exclusão da prova ilícita é consequência da proteção de outros direitos fundamentais, como o segredo das comunicações ou a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência, por exemplo. Uma vez decidida a exclusão, o elemento do juízo não é uma prova nesse processo. Por isso, não pode ser usado para fundamentar qualquer decisão, mas este não é um efeito da presunção de inocência³⁵.

³⁴ Veja-se STC 209/2001, F.J. 4º, tanto para a fundamentação desse requisito como para as exceções que o próprio Tribunal reconhece, nas que seriam admissíveis provas antecipadas e pré-constituídas. Pode-se ver uma apresentação geral em: FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit. p. 146-150.

³⁵ Se se considera que a exclusão da prova ilícita é um efeito da presunção de inocência, não teria sentido excluir essa prova, como se faz na Espanha, quando surta efeitos favoráveis à defesa (se esta não é responsável pela ilicitude). De fato, no direito anglo-saxão e também em alguns outros países de civil law (como Itália ou Brasil, por exemplo) a regra geral é a admissibilidade da prova nesses casos. Também entre nós lhe recordaram diversos autores; vid., por exemplo, MIRANDA ESTRAMPES, M. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación, *Jueces para la Democracia*, 47, 2003, p. 65; DE LA OLIVA SANTOS, A. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas, *Tribunales de Justicia*, nº 8-9, 2003, p. 10; e uma apresentação geral em GÓMEZ COLOMER, J.L. (ed.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; ARMENTA DEU, T. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 74-76. Entenda-se bem: não estou defendendo que a admissão da prova ilícita favorável à defesa vincularia de algum modo a regulação da admissibilidade dessa prova com a presunção de inocência: sustento que não tem sentido afirmar que a exclusão da prova ilícita é consequência da proteção da presunção de inocência e, ao mesmo tempo, excluir a prova favorável à defesa.

Se isso é assim, da presunção de inocência como regra probatória somente fica C), isto é, a atribuição do ônus da prova à acusação. Ainda que o ponto me pareça muito mais discutível que os anteriores, em minha opinião, tampouco resulta especialmente esclarecedor vincular a presunção de inocência com a atribuição à acusação ao ônus da prova. De fato, essa distribuição do ônus da prova pode derivar da regra geral, já vigente no processo romano, de que incumbe a quem afirma a ocorrência de um fato a sua prova e não a quem a nega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*)³⁶, regra esta que foi recebida em nosso ordenamento pelo artigo 1214 do código civil espanhol: “A prova das obrigações incumbe a quem reclama o seu cumprimento, e a da extinção àquele que a ela se opõe” (tradução livre).

Mais adiante voltarei sobre a concepção da presunção de inocência como regra probatória em sua função de regra sobre o ônus da prova. Pelo momento, quisera advertir que, entendida assim, produz-se a tendência de expandir o âmbito de aplicação da presunção de inocência a qualquer hipótese de distribuição de ônus da prova. Um caso claro desta confusa expansão pode ser encontrado no âmbito do processo do trabalho. Com efeito, especialmente ao que se refere ao direito disciplinar do trabalho e, em particular, das extinções contratuais por demissão, tanto o Tribunal Constitucional como o Tribunal Supremo e o extinto Tribunal Central do Trabalho desenvolveram uma doutrina oscilante a respeito do alcance³⁷, mas estável no que se refere à aplicabilidade do direito à presunção de inocência. Pode ver-se, por exemplo, a STC 6/1988, que considera que seria contrário à presunção de inocência exigir do trabalhador a satisfação do ônus da prova sobre a inexistência da causa de demissão. E resulta muito clara também a sentença do Tribunal Central do Trabalho de 12 de novembro de 1985.

³⁶ Vid. referências ao respeito em: FERRAJOLI, op. cit., p. 172, nota 47.

³⁷ Discute-se aqui se a presunção de inocência seria aplicável entre particulares, i.e., entre empresário e trabalhador, ou bem se entra no jogo unicamente no momento da judicialização das relações de trabalho, no processo laboral. As linhas doutrinárias e jurisprudenciais não são constantes ao respeito, ainda que tendem progressivamente a optar por essa última opção. Ao respeito, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 8, 1990, p 6; PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 241 ss.

“a presunção de inocência (...) nem se circunscreve aos âmbitos penais e laboral nem, dentro deste, à imputação de descumprimentos contratuais, *senão a todos àqueles fatos que, sendo transcendentales ao correto processamento da questão litigiosa, estão submetidos às regras gerais que dispõem o ônus da prova (...)*”³⁸ (Grifei).

Como se pode observar com clareza nas referências e citações indicadas, a vinculação entre presunção de inocência e ônus da prova não apenas resulta desnecessária senão que também tende a produzir uma expansão do âmbito de aplicação da presunção de inocência a situações nas quais nada parece ter a ver com a inocência ou culpabilidade de qualquer das partes. Um caso muito claro é o da STC 13/1982, já citada, na qual se declara aplicável e violável a presunção de inocência no caso em que uma acusação não provada de homossexualidade do marido, no marco de um processo de medidas provisórias de separação matrimonial, haveria servido para atribuir a custódia dos filhos à mulher. Vale a pena citar uma parte da sentença:

“Pois bem, a Sentença da Audiência Provincial de Madrid de 1 de abril de 1981 afirma de maneira taxativa que em dita segunda instância se atribui ao marido homossexualidade, ‘que não está provado, mas tampouco contraditado nos autos. Por tudo, pese aos defeitos da mãe provados, diante da gravidade da referida suspeita referido ao pai, convém continuar o atual estado de coisas, mantendo o auto do julgado ditado com data de 17 de março de 1978, deixando a guarda dos menores à mãe...’.

(...)

A realidade foi, pois, que a audiência, baseando-se em um fato que expressamente considera não provado dele extraiu consequências jurídicas que claramente limitam que ao pai pudera corresponder. Mas isso deve ser apreciado considerando que a sentença da Audiência Provincial de Madrid vulnerou o direito à presunção de inocência proclamado no art. 24, núm. 2 da Constituição espanhola e que ampara o recorrente”³⁹ (grifei).

³⁸ As mesmas teses podem ser encontradas na doutrina. Vid, por todos: ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del trabajo*, Madrid: Civitas, 1987, p. 404; PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 241 ss.

³⁹ STC 13/1982, F.J. 4º (tradução livre)

Para concluir esse item: creio que há um erro interpretativo na doutrina majoritária sobre a presunção como regra probatória. Parte-se das disposições internacionais que regulam a presunção de inocência nesses termos: “Toda pessoa acusada de uma infração se presume inocente até que a sua culpabilidade tenha sido declarada conforme a lei”. E se considera, razoavelmente, que a cláusula “conforme a lei” supõe que não basta qualquer declaração judicial de culpabilidade, senão que esta deve haver sido o resultado de um processo judicial com todas as garantias processuais reconhecidas pelo direito. Até aqui não há qualquer problema. No entanto, o passo errôneo na argumentação é inferir que isso supõe que a própria presunção de inocência incorpora, em consequência, essas garantias, de modo que por arte dessa interpretação todas elas se constitucionalizam, adquirem caráter de direito fundamental. Não pretendo sustentar que esta é uma interpretação errônea⁴⁰; mas que o erro está em supor que essa é a única interpretação possível. Uma interpretação alternativa passaria por considerar que o que o direito à presunção de inocência como regra probatória exige é que se tenha respeitado todas as garantias processuais reconhecidas pelo próprio ordenamento jurídico sem, por isso apenas, incorporá-las ao direito. Tratar-se-ia de uma remissão em branco às garantias que o ordenamento jurídico em seu conjunto tenha reconhecido em cada momento.

Vejamus através de outro exemplo: o artigo 25.2 da Constituição espanhola estabelece que “[o] condenado à pena de prisão que a estiver cumprindo gozará de direitos fundamentais deste Capítulo, com exceção dos que se vejam expressamente limitados pelo conteúdo da decisão condenatória, pelo sentido da pena e da Lei penitenciária”. Pois bem, observa-se uma remissão à Lei penitenciária a efeitos de se determinar as exceções ao gozo dos direitos fundamentais por parte dos condenados à pena de prisão. Mas isso não supõe, claro está, que as exceções que estabeleça a referida lei no momento *m1*, convertam-se, por isso, em constitucionalizadas ou incorporadas ao referido artigo 25.2. Se fosse assim, essas já não poderiam ser modificadas mediante normas com status de legislação infraconstitucional, por efeito de hierarquia normativa. Do mesmo modo,

⁴⁰ O que, para efeitos deste trabalho, me comprometeria com a tese forte da interpretação que não necessito, i.e., que há interpretações verdadeiras e falsas.

que o direito à presunção de inocência como regra probatória remeta às regras probatórias previstas pelo direito cujo cumprimento exigiria não implica que estas devam ser incorporadas ao próprio direito fundamental.

1.2.4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE JULGAMENTO

A presunção de inocência, em sua faceta de regra de julgamento, aplica-se ao momento da valoração da prova, de modo que se a prova presente nos autos não resulta conclusiva para demonstrar a culpabilidade do acusado, a dúvida se resolve a favor da inocência dele. Esta, por outra parte, é a tradicional leitura da presunção de inocência na doutrina anglo-saxã.

Por razões que espero poder demonstrar no que se segue, considero que esta faceta da presunção de inocência, como regra de julgamento, é crucial se a presunção de inocência deve julgar um papel de garantia processual do cidadão. Contudo, surpreendentemente, essa faceta foi a mais descuidada e recebeu um tratamento doutrinário e jurisprudencial muitas vezes lamentável.

Convém sinalizar, em primeiro lugar, o difícil caminho adotado pelo Tribunal Constitucional espanhol (e seguido pela maioria de nossa doutrina) no que se refere à relação entre presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*⁴¹. Inicialmente, o Tribunal considerou o reconhecimento do direito à presunção de inocência do artigo 24.2 da Constituição espanhola como a constitucionalização daquele princípio⁴². Por outro lado, por motivos estritamente pragmáticos encaminhados a restringir o acesso através do recurso de amparo à jurisdição constitucional em reclamação da violação da presunção de inocência, em sua faceta de

⁴¹ Veja-se uma excelente apresentação da evolução jurisprudencial e doutrinária espanhola em: FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., p. 162 e ss.

⁴² Neste sentido, vid a STC 31/1981, F.J. 2º, seguida depois por muitas outras. Resulta especialmente clara a STC 107/1983, F.J. 2o, ao afirmar que “a presunção de inocência, que limitadamente vinha sendo mero princípio teórico do direito, no âmbito da jurisdição criminal, através do axioma *in dubio pro reo*, relacionado com a valoração benigna das provas em casos de incerteza, passou a ser um amplo direito fundamental quando constitucionalizou a sua existência no artigo 24.2, C.E (...)” (tradução livre).

regra de julgamento, posteriormente modificou-se essa doutrina⁴³ para passar a sustentar-se uma radical diferença entre presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Assim, sustenta-se que a presunção de inocência é aplicável unicamente às hipóteses nas que não há prova de autoria (ou quando as provas não tenham sido praticadas respeitando as garantias processuais), enquanto que o princípio *in dubio pro reo* é uma regra de valoração da prova dirigida ao juiz ou tribunal determinando a absolvição do imputado se, praticadas as provas da acusação, a ele sobraram dúvidas acerca da ocorrência dos fatos delituosos ou da participação do acusado neles. A consequência prática dessa distinção é que a presunção de inocência não abarcaria a faceta de regra de julgamento: dizer que não se pode condenar sem prova de autoria não é, em precisão teórica ou tampouco prática, uma regra de julgamento sobre a valoração da prova, visto que seria aplicável apenas na ausência de prova. Mas se a faceta de regra de julgamento da presunção de inocência é crucial se concebida como uma garantia processual, então tal interpretação resultaria numa total desproteção constitucional de dita garantia⁴⁴.

Sem embargo, para maior confusão, o próprio Tribunal Constitucional sustentou também repetidas vezes o status de regra de julgamento à presunção de inocência, cuja função suporia a constitucionalização do standard de prova penal. Assim, a presunção de inocência importaria a obrigação de absolver se o resultado da valoração da prova não alcança o standard de prova indicado. Mas, qual é esse standard de prova? Nos primeiros anos da jurisprudência constitucional e também na tradicional jurisprudência do Tribunal Supremo, essa pergunta era respondida

⁴³ Fundamentalmente a partir de 1989, ainda que se possa encontrar precedentes desde dois ou três anos antes. A primeira teorização da diferença entre presunção de inocência como regra de julgamento e o *in dubio pro reo* pode ser encontrada na STC 44/1989, F.J. 2o. Em um sentido muito crítico à distinção elaborada, vid.: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: Presunción de inocencia y prisión sin condena, en *Detención y prisión provisional. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996; citado por la reimpresión en Id.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 257, nota 25; FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit. p. 178 e ss.

⁴⁴ CAAMAÑO, F. *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 246.

apelando à íntima convicção ou à apreciação em consciência, sinalizada como critério de valoração da prova no artigo 741.1 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Assim, nessa versão claramente subjetivista, a STC 124/1983 afirma que:

“Por outra parte, convém também sinalizar aqui que o raciocínio do Juiz da Instrução de Noya, contido no considerando primeiro de sua sentença é impecável desde o ponto de vista constitucional, isto é, sob o enfoque do art. 24.2 da C.E., pois se a ele, sob o sistema da livre apreciação da prova do art. 741 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, as provas praticadas não lhe convenceram da culpabilidade dos acusados, atuou perfeitamente os absolvendo, porque sob o imperativo do art. 24.2 da C.E. é evidente que ninguém pode ser condenado apenas porque ‘existam indícios que apontam à possível participação’ do ou dos acusados nos atos delituosos. Sucede, sem embargo, que se com os mesmos elementos probatórios outro Tribunal, o de apelação, ‘apreciando segundo a sua consciência as provas praticadas em juízo’ (art. 741 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) chega a um resultado contrário, e neste caso, ao convencimento razoável e racional da culpabilidade dos antes absolvidos, não por isso pode-se afirmar violação alguma contra a presunção de inocência, sempre que as provas praticadas em juízo sejam as que proporcionem fundamento para a sua convicção. Desse modo, não se pode falar de vulneração da presunção de inocência, senão de uma discrepância na valoração da prova realizada pelos órgãos judiciais igualmente livres para valorar em consciência, com o resultado de que entre ambas as valorações há de se impor a do Tribunal de apelação” (tradução livre).

Isto é, os órgãos judiciais, o Juiz de Noya e o Tribunal de apelação valoram em consciência a prova, de modo subjetivo, e o Tribunal de apelação manda mais⁴⁵. O difícil é entender aqui qual é a regra de julgamento que se impõe aos julgadores e qual a garantia que se outorga ao cidadão imerso em um processo penal. Mais recentemente, no entanto, tanto o Tribunal Supremo como o Constitucional sustentaram que a presunção

⁴⁵ A semelhantes consequências chegam todos os autores que sustentam uma concepção subjetivista, irracionalista da valoração da prova. Valha como exemplo: VEGAS TORRES, op. cit., p. 181.

de inocência como regra de juízo supõe que somente pode se condenar se o resultado das provas suporta a tese da culpabilidade do acusado além de toda dúvida razoável, incorporando assim o típico standard de prova penal anglo-saxão. Um exemplo por todos:

“O direito à presunção de inocência comporta o direito a não ser condenado sem provas de autoria válidas, o que implica que toda sentença condenatória penal; ademais, ditas provas não de haver sido obtidas com as garantias constitucionais, haver-se praticado normalmente no juízo oral e haver-se valorado e motivado pelos Tribunais respeitadas as regras da lógica e da experiência, de tal modo que se possa afirmar que a declaração de culpabilidade *ficou estabelecida além de toda dúvida razoável* ⁴⁶ (Grifei)

Claro que a perplexidade sobre isso aumenta mais se se atende ao que diz a STC 209/2007:

“Na análise da razoabilidade dessa regra que relaciona os indícios ao fato provado, temos de precisar agora que somente podemos considerá-la insuficiente desde as exigências do direito à presunção de inocência se, à vista da motivação judicial da valoração do conjunto da prova, cabe apreciar um modo indubitável desde uma perspectiva objetiva e externa que a *versão judicial dos fatos era mais improvável que provável*. Em tais casos, não caberá estimar como razoável nem que o órgão judicial atuou com uma convicção suficiente (além de toda dúvida razoável), nem a convicção em si”⁴⁷. (Grifei)

Como se pode apreciar, o nível da confusão acerca da relação entre presunção de inocência e standard de prova penal é muito considerável. Urge, pois, esclarecer o sentido e o alcance da presunção de inocência como regra de julgamento do processo penal.

⁴⁶ STC 43/2003, F.J. 4º (tradução livre). No mesmo sentido, de forma muito clara, expressa a STC 66/2009, F.J. 6º. Para citar sentenças do Tribunal Supremo, ver as SSTs 258/2003, de 25 de fevereiro, F.J. 3º e 1991/2002, de 25 de novembro, F.J. 13º.

⁴⁷ SSTC 145/2005, de 6 de junho, 70/2007, de 16 de abril (tradução livre).

Primeiramente, deve-se dizer que, contra o que sustenta a jurisprudência e a maior parte da doutrina, o direito à presunção de inocência pressupõe a vigência de um standard de prova, mas não implica qualquer standard específico. Com efeito, como sinalizei no início desse item, esse direito, em sua faceta de regra de julgamento, supõe que o acusado deve ser absolvido em caso de dúvida sobre a sua culpabilidade. Mas, de quê dúvida estamos falando? Creio que cabem três possibilidades:

a) Do estado psicológico de dúvida que as provas praticadas no processo podem suscitar no julgador. Esta é a resposta típica das concepções subjetivistas da prova, que não apenas são incompatíveis com a valoração racional da prova, senão que também com uma concepção garantista da presunção de inocência.

b) Da dúvida como incerteza racional. Este é o outro lado da certeza racional sobre os fatos do mundo. Contudo, dado que a certeza racional não pode ser alcançada nunca sobre fato algum⁴⁸, a dúvida teria sempre seu espaço e, entendida neste sentido, levaria sempre à absolvição e à inutilidade motivadora do direito penal.

c) De um certo grau de dúvida racional sobre a verdade de uma hipótese fática, complementar ao grau de corroboração dela mesma.

Dado que, por distintas razões, as possibilidades a) e b) devem ser rechaçadas, apenas fica de pé a possibilidade interpretativa c). No entanto, ela deixa aberta a questão de quê grau de dúvida sobre a hipótese da acusação de um processo penal é compatível com a condenação do acusado. Portanto, a presunção de inocência como regra de julgamento, expressão do *in dubio pro reo*, a) nada nos diz sobre o grau de dúvida racional admissível, isto é, sobre o standard de prova que deverá ser utilizado no processo penal⁴⁹, mas b) sim pressupõe que se disponha de um

⁴⁸ Como diria Tomás de Aquino, “*in negotiis humanis non potest haberi probatio demonstrativa et infallibilis, sed sufficit aliqua coniecturalis probabilitas*”. Vid. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, Ia, IIae, quaestio CV, art. 2, ad octavum.

⁴⁹ Desse modo, poder-se-ia dizer que a presunção de inocência é compatível com distintos standards de prova, não necessariamente muito elevados. As razões para fixar o standard de prova em um ponto de alta exigência probatória têm a ver mais com a distribuição de la ratio de erros positivos (inocentes condenados) e negativos (culpados absolvidos) que, como sociedade, estamos dispostos a suportar. Ao respeito, vid.: STEIN, A. *Foundations of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 133-4; LAUDAN, L.

standard de prova cuja aplicação seja intersubjetivamente controlável, para tornar viável a função de garantia da presunção de inocência. É por isso que a situação atual na Espanha e nos países de nosso entorno inviabiliza a aplicabilidade da presunção de inocência como regra de julgamento, isto é, como garantia do cidadão frente à valoração da prova. Se não se dispõe de um standard de prova intersubjetivamente controlável, a presunção de inocência como regra de julgamento não pode ser operativa, visto que não se sabe frente a que resultado probatório o cidadão terá direito a uma declaração de inocência.

Em um trabalho anterior⁵⁰, propus um exemplo de standard de prova para a hipótese acusatória em um processo penal. Não tinha então a pretensão de ser uma proposta de lege ferenda no que se refere ao seu conteúdo, mas sim a respeito do modo de formular um standard desse tipo para que fosse intersubjetivamente controlável. Reitero-o agora com a mesma pretensão:

Imaginemos que nossa lei de processo criminal estabelecesse que para considerar provada a hipótese da culpabilidade devam se dar conjuntamente as seguintes condições: 1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem restar confirmadas; 2) É preciso que todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados e que sejam compatíveis com a inocência do acusado tenham sido refutadas, excluídas as hipóteses meramente *ad hoc*.

Com uma formulação desse tipo, ficariam claras as condições para que se proceda à condenação do acusado e, complementarmente, as condições nas que ele teria direito à absolvição. A motivação da sentença em matéria de fatos deveria então justificar que a resolução adotada cumpre com os requisitos estabelecidos pelo standard. No entanto, poder-se-ia pensar que uma vez estabelecido o standard, cuja determinação está exigida pela presunção de inocência, mas não se deriva dela no que tange ao grau de exigência probatória, a presunção de inocência como

Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 68; FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139 e ss.

⁵⁰ FERRER, op. cit., p. 147.

regra de julgamento já não tem outra função. Dito de outro modo, uma vez determinado o nível da dúvida racional compatível com a condenação do acusado, já não sobraria espaço para o *in dubio pro reo*. Contudo, esta não é exatamente a situação. Por preciso que seja um standard de prova que se adote, sempre ficará uma margem de vagueza sobre ele; *i.e.*, sobre o exato grau de dúvida racional compatível com a condenação. Nestas hipóteses, faz-se necessária uma regra de segunda ordem, que estabeleça o que deve ser realizado no caso de dúvida sobre a satisfação do standard. E é aqui onde resultaria aplicável a presunção de inocência como *in dubio pro reo*: em caso de dúvida sobre a satisfação do standard, a absolvição do acusado seria devida.

2. DE NOVO SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA SOBRE O ÔNUS DA PROVA

A análise das implicações para o ônus da prova do reconhecimento do direito da presunção de inocência deve ser, em minha opinião, algo mais cuidadoso que o habitual com o conceito de ônus da prova. Com efeito, em minha opinião, convém incorporar a distinção tipicamente anglo-saxã entre o *burden of proof* e o *burden of producing evidence*. No primeiro sentido, a distribuição do ônus da prova supõe determinar qual das partes se verá prejudicada pela falta de prova, *i.e.*, quem perde o processo se não se cumpre o standard de prova aplicável ao mesmo. No segundo sentido, o ônus da prova rege qual das partes deve produzir todas ou alguma prova no processo. É importante advertir que, de forma geral, os dois sentidos de ônus da prova não têm porquê favorecer a mesma parte. É perfeitamente possível que uma parte tenha sobre si o ônus no primeiro sentido, de maneira que a falta de prova faça com que seja ela quem perde o processo e, ao mesmo tempo, que faça recair sobre a parte contrária o ônus de produzir ou trazer provas (ou algumas provas) ao processo, dado que, por exemplo, é mais fácil para ela trazê-las, ou bem, simplesmente, reconhece-se que as provas estão em seu poder.

Pois bem, a presunção de inocência diz algo sobre os sentidos de ônus da prova? Em minha opinião, a resposta é não. Evidentemente, pode-se dizer, de forma geral, que em um processo penal o ônus da prova, entendido como regra que determina quem é prejudicado pela falta de

prova, recai sobre a acusação. Mas isso não é consequência da presunção de inocência em si mesma, senão do standard de prova (que, recordemos, está pressuposto, mas não é implicado pela presunção de inocência).

Agora, justificar este ponto exige algum argumento adicional: como se pôde ver na epígrafe anterior, apresentei um standard de prova que opera unicamente a respeito da hipótese de culpabilidade. Isso é assim porque, em minha opinião, não existe razão para que os standards de prova aplicáveis à hipótese de culpabilidade e à hipótese de inocência sejam iguais. Com efeito, a razão que temos para aplicar um standard de prova muito exigente no processo penal parece ser que o bem em jogo, *i.e.*, a liberdade do acusado, é muito valioso e, portanto, é preciso ter um alto grau de probabilidade de acertar para sacrificá-lo⁵¹. Mas essa razão não opera, obviamente, no caso da ou das hipóteses da defesa. Se aumentamos as exigências probatórias para diminuir as probabilidades de que um sujeito inocente seja condenado e, portanto, privado de sua liberdade, não tem sentido aplicar as mesmas exigências à hipótese da defesa. Por essa razão, no processo penal teremos standards de prova assimétricos para a acusação e para a defesa.

Sendo assim, a falta de satisfação de cada um dos standards de prova, da acusação e da defesa, prejudicará a parte que não haja conseguido alcançar o grau de corroboração de suas hipóteses exigido pelo seu respectivo standard aplicável. Se a hipótese da acusação não alcança o nível de corroboração requerido pelo standard de prova que lhe é aplicável, esta não poderá ser considerada provada e, portanto, a falta de prova prejudicará a acusação. Mas o mesmo não poderá ser dito da hipótese de inocência: se a defesa alegou, por exemplo, um alibi e não consegue produzir corroboração suficiente que lhe permita superar o standard de prova aplicável à hipótese da inocência, então essa falta de prova irá em prejuízo de suas pretensões. A diferença relevante entre as situações das duas partes, no que se refere à falta de prova suficiente, derivada

⁵¹ Está claro que, hoje em dia, nem todos os delitos têm como consequência jurídica a pena de privação de liberdade (ou, em alguns países, a ainda mais grave perda da vida). A expansão sem medida do direito penal supôs também a diversificação dos tipos de penas. Esta é, em minha opinião, uma boa razão para que também os standards de prova penais possam ser diversos, mais ou menos exigentes, em função dos bens em jogo no caso de que haja condenação.

da assimetria dos respectivos standards de prova, é que se a defesa não consegue superar o standard de prova que lhe resulta aplicável, isso implica que não podemos considerar provada a inocência, mas não que a defesa não possa ganhar o caso mediante a absolvição do acusado. Por outro lado, se acusação não consegue produzir corroboração suficiente à sua hipótese, isso implicará na perda do caso para esta parte. Isso é consequência da formulação do standard de prova que lhe é aplicável e por isso pode-se dizer que o ônus da prova, no sentido de *burden of proof* anglo-saxão, está presente.

Em contrapartida, as coisas são diferentes se colocamos atenção ao ônus da prova no sentido de a quem corresponde a integração ou produção de provas (*burden of producing evidence*). Com efeito, a introdução da distinção entre os dois sentidos de ônus da prova nos permite ver, em minha opinião, que nada exclui na maioria dos sistemas jurídicos modernos, que a defesa deva integrar provas ao processo se assim se ordena, por exemplo, devido a que a ela resulta mais fácil integrá-la ou porque é ela quem dispõe da prova que se considera relevante. Para dar apenas um exemplo, é perfeitamente possível que se peça a um médico acusado de homicídio por negligência em uma intervenção cirúrgica que traga o expediente clínico do paciente ou outras provas médicas sobre os antecedentes da intervenção e da intervenção mesma. Evidentemente, a razão disso é que é ele quem dispõe dessas provas, que não são acessíveis à outra parte. E isso não se considera em nossos sistemas como atentatório à presunção de inocência. Em outras palavras: a presunção de inocência parece ser compatível, neste sentido, com a atribuição de ônus probatório (no sentido de ônus de integrar e produzir provas) à defesa em um processo penal.

CONCLUSÃO

No trajeto realizado até aqui, pretendi demonstrar:

1. Que a presunção de inocência na jurisprudência e na doutrina espanhola foi tratada como um direito multifacetado com tendência à hipertrofia.
2. Que boa parte das facetas que são atribuídas a esse direito (extraprocessual, com matizes, como princípio informador

e como regra probatória) são supérfluas e, portanto, poderiam ser separadas da presunção de inocência, diminuindo a hipertrofia dessa última.

3. Que a presunção de inocência como regra de tratamento processual tem perfeito sentido, mas deve se resolver com maior clareza conceitual sua relação com as medidas cautelares no processo penal, em especial, com a prisão preventiva.
4. E, finalmente, que a presunção de inocência como regra de juízo não é operativa se não se dispõe de um standard de prova cuja aplicação seja intersubjetivamente controlável. Se se dispõe dele, o espaço para a aplicação da presunção é o da dúvida sobre a satisfação do standard.

REFERÊNCIAS

ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del trabajo*, Madrid: Civitas, 1987.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 12, p. 257-299, 1992, <https://doi.org/10.14198/doxa1992.12.08>

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Presunción de inocencia y prisión sin condena, en *Detención y prisión provisional. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996; citado por la reimpression en Id.: *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

ARMENTA DEU, T. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, Madrid: Marcial Pons, 2009.

BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, Milano: Mondadori, 1764, 1991.

CAAMAÑO, F. *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

CHIAVARIO, M. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara, en AA.VV.: *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*, Milano: Giuffrè, 1991.

DE AQUINO, T. *Summa Theologiae*, La Editorial Católica, Madrid, 1956.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas, *Tribunales de Justicia*, nº 8-9, 2003.

ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882.

FERNÁNDES LÓPEZ, M. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza, 1998.

FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2003.

FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

GIMENO SENDRA, J.V. Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales, in Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid: Edersa, 1982.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (ed.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HASSEMER, W. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, *Der Strafverteidiger*, nº 1; citado por la traducción castellana de Ziffer, P.: Los presupuestos de la prisión preventiva, in Hassemer, W.: *Crítica al derecho penal de hoy*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1984, 1995.

HOBBS, T. *Leviatán*, trad. a cargo de Mellizo, C., Madrid: Alianza Universidad, 1651, 1989.

HOHFELD, W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, 16, nº 23. Citado por la traducción castellana de Carrió, G.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, D.F.: Fontamara, 1913, 1992. <https://doi.org/10.2307/785533>

ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna: Zanichelli, 1979.

LAUDAN, L. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511617515>

LUZÓN CUESTA, J.Mª. *La presunción de inocencia ante la casación*, Madrid: Colex, 1991.

MENDONCA, D. Presunciones, *Doxa*, nº 21, vol. 1, 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, M. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación, *Jueces para la Democracia*, 47, 2003.

MONTAÑÉS PARDO, M.A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, Garnier Frères Libraires-Éditeurs, Paris, 1748, 1878.

OVEJERO PUENTE, A. M^a. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

PASTOR, Daniel. Las garantías de libertad del imputado, en AA.VV.: *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010.

PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid: Trotta, 1992.

RAMOS MÉNDEZ, F. *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona: Ed. Bosch, 1988.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 8, 1990.

ROMERO ARIAS, E. *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

STEIN, A. *Foundations of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198257363.001.0001>

TOMÁS Y VALIENTE, F. "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

VEGAS TORRES, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 1993.

VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines, par un avocat de province*, Paris, 1766.

WRÓBLEWSKI, J. Structure et fonctions des présomptions juridiques, en Perelman, Ch. y Foriers, P.: *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruxelles: Bruylant, 1974.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos: Este trabalho foi fruto de uma elaboração em diversas etapas. Em todas elas tive a sorte de contar com amigos que leram criticamente seus diversos rascunhos. Quero agradecer especialmente as atinadas e generosas observações de Perfecto Andrés Ibáñez, Daniel González Lagier, Larry Laudan, Diego Papayannis, Daniel Pastor, Janaina Roland Matida, Michele Taruffo, Jonathan Valenzuela e Carmen Vázquez. Também tive a oportunidade de expor o trabalho em diversos encontros, como o II Miniforo de Epistemologia Jurídica (México, DF), o XVI Congresso Ítalo-espanhol de teoria do direito (Barcelona), o III Congresso Internacional de Direito Processual: Garantismo e Crise da Justiça (Cartagena das Índias) e as II Jornadas Bi-nacionais de Direito processual (Lima). Agradeço a todos os seus participantes pelas sugestões realizadas em seus respectivos debates e à Janaina Roland Matida pela excelente tradução ao português.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Tradução do espanhol ao português:* Janaina Matida (orcid.org/0000-0003-0963-1848)

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): este artigo é uma versão traduzida e revisada do trabalho originalmente publicado em espanhol em: FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. In: MARTÍ MARMOL, Josep Lluís; MORESO, Josep Joan (orgs), *Contribuciones a la filosofía del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012; o autor assegura que não há plágio de terceiros.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 17/12/2017
- Retorno rodada de correções: 28/01/2018
- *Autor convidado*

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria

*The hazards of using probability and statistics
like tools for legal assessment*

*Os perigos da probabilidade e da estatística como
ferramentas para a valoração probatória-jurídica*

Ana Sánchez-Rubio¹

Universidad Pablo de Olavide – Sevilla/España

asanrub@upo.es

 <http://orcid.org/0000-0002-2027-8232>

RESUMEN: En el uso corriente de la expresión, probar significa comprobar, verificar, para de este modo, poder demostrar. El proceso penal, en aras de conseguir una demostración más próxima a la certeza o, como suele expresarse en el lenguaje jurídico, a la verdad material, cada vez con más frecuencia recurre a herramientas del campo matemático para dotar de mayor fuerza al resultado probatorio. En este sentido, la probabilidad derivada de la estadística está ocupando un papel protagonista. Este artículo pretende poner de manifiesto los riesgos que conlleva para la valoración judicial confiar plenamente en estos datos numéricos ya que, en ocasiones, las partes los exponen haciendo uso de interpretaciones erróneas que pueden llegar a condicionar la motivación de la sentencia.

PALABRAS-CLAVE: prueba; verosimilitud; probabilidad lógica; probabilidad estadística; teorema de Bayes.

ABSTRACT: *In the common use of the expression, to prove means to test, to check, as a way of demonstrating. These days, the criminal proceedings, in order to achieve the nearest demonstration to the certainty or, in legal language, to*

¹ Profesora Ayudante Doctora - Departamento de Derecho Público - Área de Derecho procesal - Universidad Pablo de Olavide – Sevilla/España

the material truth, uses some tools of mathematical field for giving more strength to evidentiary result. In this regard, the probability product of statistics is increasingly occupying a major role. This paper aims to reveal the hazards that involve trusting completely of numerical data in legal assessment, particularly if the parties of the proceedings misinterpret mathematical results, since that could seriously influence on the judicial decision foundation.

KEYWORDS: *evidence; credibility; logic likelihood; statistical probability; Bayes's theorem.*

RESUMO: *Em seu uso comum, provar significa comprovar, verificar, para desse modo, poder demonstrar. No processo penal, com o objetivo de conseguir uma demonstração mais próxima da certeza ou, como se costuma expressar em linguagem jurídica, à verdade material, cada vez com maior frequência se recorre a ferramentas do campo da matemática para fortalecer o resultado probatório. Nesse sentido, a probabilidade derivada da estatística está ocupando um papel de protagonismo. Este artigo pretende expor os perigos causados à decisão judicial pela confiança plena nesses dados numéricos já que, algumas vezes, as partes partem a sua exposição de interpretações erradas, o que pode chegar a determinar a motivação judicial.*

PALAVRAS-CHAVE: *prova; verossimilhança; probabilidade lógica; probabilidade estatística; teorema de Bayes.*

SUMARIO: *Introducción; 1. La relación entre prueba, verosimilitud y probabilidad; 1.1. La verosimilitud; 1.2. La probabilidad; a. La probabilidad estadística; b. La probabilidad lógica; 2. Herramientas de cálculo en la valoración judicial; 2.1. La teoría de la probabilidad bayesiana; 2.2. La aplicación de la estadística al ámbito probatorio; Consideraciones finales; Referencias bibliográficas.*

INTRODUCCIÓN

Por todos es sabido que en el proceso subyace una imposibilidad práctica que obstaculiza la búsqueda de la verdad. Existen, por ejemplo, limitaciones legales asumidas respecto al uso de los medios judiciales de conocimiento y a los procedimientos con los que aquellos pueden

ser producidos y utilizados; limitaciones temporales en la búsqueda de fuentes y en la proposición de pruebas²; y existen también restricciones económicas que impiden practicar ciertas diligencias que, quizás, pudieran acercarnos más a la realidad de los hechos³. De ahí la necesidad de distinguir entre una «verdad procesal», más limitada de lo que sucedió en la realidad⁴, y una «verdad histórica o material», plenamente coincidente

² Así lo recoge, entre otros, Caprioli, cuando afirma que: «No hay duda de que el proceso penal sufre límites cognitivos que con frecuencia impiden al juez alcanzar una afirmación verdadera. La estructura misma del proceso es intrínsecamente contraria a la episteme: hay tiempos que respetar, preclusiones, prescripciones». (CAPRIOLI, F., Verità e giustificazione nel processo penale, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, 2017, p. 323) (traducción libre).

³ Hay otros muchos otros aspectos del proceso, como, por ejemplo, la necesidad de corregir la decisión sobre los hechos que permite a las partes limitar el ámbito de los hechos jurídicos a determinar, para mostrar cómo bajo muchos aspectos el proceso no es capaz de funcionar como mecanismo para determinar la verdad de los hechos. Respecto a ello, vid., *ad exemplum*: CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, trad. SENTÍS MELENDO, en Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, 1945, p. 112 y ss.; WEINSTEIN, J. B., *Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, *Col. L. Rev.* 66, 1966, p. 1115 y ss.; ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E., Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 311 y ss.

⁴ En este sentido lo expresa López Ortega al aseverar que: «El proceso tiene como fin el descubrimiento de la verdad, pero el conocimiento al que aspira el proceso penal es un conocimiento limitado y, consiguientemente, la verdad que pretende hallar es también una verdad limitada. Una verdad que sólo puede afirmarse alcanzada si se han observado las reglas establecidas para su comprobación, una verdad normativa que sólo puede ser verificada por la observancia de las reglas de procedimiento, que una vez comprobada no puede ser desmentida, que se encuentra convalidada por normas y que únicamente lo es si es buscada y conseguida respetando los procedimientos legales». (LÓPEZ ORTEGA, J. J., Información y justicia: la dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones, en *Justicia y medios de comunicación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 103). En consonancia con esta idea, sostiene Ferrer Beltrán cuando habla de las limitaciones que encuentra la prueba procesal frente al resto de pruebas que puedan llevarse a cabo al margen de un proceso judicial, que: «El primer tipo de limitaciones tiene que ver con el marco en el que se desarrolla la actividad probatoria y en el que el juez o tribunal tiene que decidir posteriormente acerca de los hechos probados. [...] La segunda limitación procesal que incide de un modo relevante sobre la relación entre prueba y verdad es la institución de la cosa juzgada. [...] La tercera limitación a las posibilidades de conocer la verdad

con lo ocurrido en el hecho que se investiga pero inalcanzable tanto en el plano jurídico como fuera de él.

Debido a estas dificultades, los ordenamientos jurídicos más avanzados no consideran que la búsqueda de la verdad «absoluta» sea la finalidad del proceso. En el mundo occidental, donde todo es falible y cuestionable y donde prima la celeridad y el pragmatismo frente la autenticidad⁵, la relación prueba-verdad hace alusión a la posibilidad de alcanzar una verdad limitada. Es decir, el proceso se conforma con obtener una verosimilitud suficiente de los hechos a través de una adecuada actividad probatoria. Sin embargo, como veremos con más detalle *infra*, al sistema judicial no le basta con una verosimilitud en términos de posibilidad –aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo– sino de probabilidad –fundada apariencia de verdad⁶–.

En este sentido, hasta hace unos años el razonamiento judicial hacía uso de una probabilidad que extraía como consecuencia de inferencias que, obtenidas a través de la lógica deductiva, le permitían llegar a una conclusión debidamente fundada⁷. No obstante, de un tiempo a esta parte se ha querido ir un paso más allá: las partes ansían poder aportar los resultados de las pruebas en términos de probabilidad matemática –razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles⁸–,

acerca de – las proposiciones sobre – los hechos en el proceso judicial viene representada por la existencia en todos los ordenamientos jurídicos modernos de una apreciable cantidad de reglas jurídicas sobre la prueba». (FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 57-60).

⁵ Ya en 1947 apuntaba Carnelutti al respecto «[...] el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello». CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 30).

⁶ Definiciones extraídas de la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española.

⁷ Sobre el razonamiento jurídico vid., entre otros, PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, y GRAJALES, A., *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

⁸ Definición extraída de la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española.

pues consideran que así tendrán un mayor peso probatorio. Este deseo encuentra su máxima expresión en la prueba pericial y, en concreto, en la pericia de conocimientos técnicos o científicos, que es la más susceptible de ser presentada mediante resultados numéricos. Ahora bien, la interpretación de estos cálculos no siempre es correcta, por lo que es necesario dominar los razonamientos de la estadística para no realizar una valoración errónea de la prueba judicial.

Con el propósito de exponer las diferencias entre los distintos grados de certidumbre que exige el Derecho para considerar un hecho como probado y, asimismo, de alertar de los riesgos que conlleva un análisis superficial de los cálculos estadísticos en el campo jurídico, este artículo se estructura en dos bloques principales. Por un lado, se abordará la relación que existe entre conceptos muy similares pero en absoluto sinónimos, como son el de verosimilitud y el de probabilidad. Además, dentro de este último, veremos las diferencias que separan a la probabilidad lógica de la probabilidad estadística. Por otro lado, en relación con este tipo de probabilidad se expondrá el funcionamiento de uno de los teoremas más recurrentes en el sistema probatorio –el teorema de Bayes– para, posteriormente, destacar los peligros que acarrea malinterpretar sus conclusiones a la hora de enjuiciar un caso. Finalmente, cerraremos este trabajo con algunas conclusiones al respecto.

1. LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA, VEROSIMILITUD Y PROBABILIDAD

La exclusión de la verdad «absoluta» del conjunto de los objetivos alcanzables en la determinación judicial de los hechos nos sitúa en el ámbito de la incertidumbre, es decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no tienen una fundamentación absoluta, completa e indiscutible. Frente a esta situación, la reacción más común y difundida consiste en razonar, también a propósito de la determinación judicial del hecho, en términos de probabilidad⁹. Esto es, se dice que esta determinación, si no puede

⁹ Señala en este sentido Gascón Abellán cómo el hecho de que «que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de «verdades absolutas» no invalida el modelo. Pone solo de

fundamentarse en alguna verdad «absoluta», al menos puede conseguir un sustituto aceptable, constituido por alguna verdad «probable»¹⁰.

De esta manera, a mayor probabilidad que logre proporcionar una prueba, más próximos estaremos de la verdad «relativa» o verdad «procesal». En este sentido, conviene aclarar el cuadro de los equívocos terminológicos que concurren en el ámbito probatorio, matizando ciertos conceptos tan próximos como lo son el de «verosimilitud» y «probabilidad», en ocasiones tomados como sinónimos de «verdad». Tan solo teniendo claros estos conceptos podremos calificar el resultado que nos ofrece una prueba como verdadero, verosímil o probable.

1.1. LA VEROSIMILITUD

El término «verosimilitud» aparece a menudo vinculado al de «verdad» y confundido, en ocasiones, con el de «probabilidad»¹¹. En aras de demarcar dicho término, aprecia Taruffo que, por una parte, se tiende a definir la verosimilitud de una aserción como su capacidad para representar una cierta realidad, como la aproximación de la representación al objeto representado o como la cercanía de una afirmación a la realidad a la que se refiere. Por ejemplo, es verosímil enunciar que la medida de un objeto es A, cuando en realidad la medida es B, si la distancia entre A y B es poco significativa. En virtud de esta definición, la verosimilitud indica, sustancialmente, el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad¹². Sin embargo, desde la óptica procesal,

manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter limitado y no absoluto del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de «probabilidad o conocimiento probable» en lugar de verdad». (GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 58).

¹⁰ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011, p. 190-191.

¹¹ CALAMANDREI, P., *Il giudice e lo storico*, trad. SENTÍS MELENDO, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 124 y ss.

¹² Advierte Taruffo de que en la doctrina italiana el análisis del concepto de verosimilitud cae en una confusión, que fue introducida por Calamandrei y que no ha sido eliminada ni siquiera por la doctrina más reciente. Afirma el autor que «el equívoco es terminológico y, por tanto, conceptual. El aspecto terminológico consiste en partir del vocablo *Wahrscheinlichkeit* y traducirlo

la referencia del juicio de verosimilitud no es la realidad, ya que ésta es inalcanzable en el proceso, sino una hipótesis que se formula acerca de ella y que se emplea como parámetro para valorar si una afirmación es o no verosímil¹³.

Por otro lado, el término «verosimilitud» sirve para designar aquel aspecto de una afirmación sobre un hecho en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible según el orden «normal» de las cosas, en una situación en la que esa afirmación no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa¹⁴. En otras palabras, se considera verosímil lo que corresponde con la normalidad de un cierto tipo de conductas o de acontecimientos. Por ejemplo, si normalmente desayuno todos los días en la misma cafetería a las nueve de la mañana, resulta verosímil que lo haya hecho el martes de la semana pasada y que lo vaya a hacer también el próximo jueves a esa hora.

Esta definición lleva implícito, tal y como sostuvo Wittgenstein en su segundo período de pensamiento, que para considerar verosímil un enunciado relativo a un cierto evento, sea necesario disponer de un conocimiento de fondo relativo a la normalidad con que ocurre ese evento¹⁵. Utiliza Taruffo una clásica ilustración para evidenciar esta idea:

por «verosimilitud», sin tener en cuenta el hecho de que así se toma en consideración únicamente un área, y ni siquiera la más importante, del significado del término, olvidando otra en la que significa, en cambio, «probabilidad». Aprecia, además, que este error lleva a reconducir al mismo concepto dos significados distintos: «a) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene «la apariencia de ser verdadero», afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como «sustituto de la verdad»». (TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 183-184).

¹³ En relación con este asunto afirma López Barja de Quiroga que «ya no se discute si hemos de obtener en el proceso penal la verdad hasta sus últimas consecuencias, sino si partiendo de la imposibilidad del conocimiento de la verdad absoluta se relativiza, más que la verdad a encontrar, el grado de suficiencia precisa. Basta la mera probabilidad, la verosimilitud». (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Mendoza, Cuyo, 2001, p. 252).

¹⁴ TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 504.

¹⁵ WITTEGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, trad. por Isidoro Reguera, Gredos, Madrid, 2009, p. 422.

solo si tengo algún conocimiento empírico respecto del color habitual de los cisnes, puedo considerar verosímil que el cisne que otros hayan visto, o que yo veré mañana, sea blanco. Si, en cambio, el acontecimiento en cuestión es único e irreplicable, no podrá ser objeto de previsiones¹⁶. Esto es, el cisne negro es lo que no parece verosímil de acuerdo a los conocimientos normales sobre este tipo de aves. Luego, si nada se sabe de antemano respecto a aquello que se afirma —situación en la que se encuentra el juzgador de unos hechos en el proceso—, no será posible decir si el enunciado al que se alude es o no verosímil. Pero ello no impide determinar si ese enunciado es verdadero o falso, pues no existe ninguna correspondencia entre verosimilitud y verdad¹⁷.

Esta falta de identidad se debe a que un hecho que se considera verosímil perfectamente puede no haber sucedido, por cualquier motivo. Lo que significa que el enunciado que se refiere a ese hecho puede parecer verosímil pero ser falso, si la realidad de aquello que ha sucedido no se corresponde con lo que el enunciado narra. Así, si una persona dice haberme visto desayunar en la citada cafetería a las nueve de la mañana el pasado jueves, este enunciado sería verosímil para cualquier otra persona conocedora de mis hábitos. Pero, es posible que justo dicho jueves, por

¹⁶ Según Taruffo, «esto presenta evidentemente el problema de la circularidad intrínseca del concepto de verosimilitud, ya que sería necesario conocer la realidad representada para establecer la verosimilitud de la representación, pero si se conoce la realidad deja de ser interesante discutir si la representación es verosímil». De este modo, «el juicio de verosimilitud se puede formular sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por el otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del orden normal de las cosas) sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. Desde este punto de vista, la referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula acerca de ésta y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil». (TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 186).

¹⁷ En este sentido, para Martínez Solano, «la verosimilitud es el grado en el que una teoría puede corresponder con los hechos. Esa medida está en función de que el contenido de verdad de la teoría supere su contenido de falsedad». Siguiendo a Popper, este autor sostiene que existen dos definiciones de la noción de verosimilitud: «una se puede denominar cualitativa, en el sentido de que responde a la idea intuitiva de verosimilitud; la otra es la propiamente cuantitativa, porque da como resultado un valor numérico». (MARTÍNEZ SOLANO, J. F., *El problema de la verdad en K.R. Popper: reconstrucción histórico-sistemática*, Netbiblio, 2005, p. 182 y ss).

las razones que fueren, desayunase en casa y no fuese a la cafetería en toda la mañana. Del mismo modo, puede ser verdadera una afirmación que parece inverosímil porque no corresponde a ningún criterio de normalidad. Es decir, volviendo al ejemplo de Taruffo, puede ser verdadero el enunciado de quien afirma haber visto un cisne negro, aunque no sea habitual ver un cisne de ese color¹⁸.

En síntesis, la verosimilitud de un enunciado es irrelevante desde el punto de vista del juicio sobre la verdad o falsedad de un hecho. Y carece radicalmente de toda trascendencia también en cuanto a las pruebas que se presentan en un juicio pues, sus resultados no han de ser verosímiles sino certeros, y dicha certeza es la que, en la mayoría de las ocasiones, viene limitada por los obstáculos expuestos *supra*. En este escenario de incertidumbre es donde aparece la idea probabilidad, tanto lógica como estadística¹⁹.

Así las cosas, puede afirmarse que en cualquier circunstancia en la que sea necesario dilucidar si el enunciado de un hecho es verdadero o es falso, es preferible basarse en probabilidades y no en un juicio de verosimilitud. La verosimilitud, pues, no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba sobre la alegación del hecho vertida por las partes²⁰. Por lo que, las pruebas o, a mejor decir, el resultado probatorio no arroja verosimilitud, ni nos permite conocer la verdad «absoluta», sino tan solo aquella verdad

¹⁸ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 106.

¹⁹ Sobre ello, apunta Luna Serrano que «en la estadística moderna el principio de máxima verosimilitud se ha convertido en una idea sencilla, para algunos incluso evidente. Después de todo, ¿quién puede oponerse a la afirmación de que entre todas las explicaciones posibles para los datos, se escogerá como la mejor aquella que hace a los datos observados los más probables?». (LUNA SERRANO, A., *Acerca de las verdades presuntas que inducen certeza*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La ley, Madrid, 2015, p. 326).

²⁰ En palabras de Calvo González, «El juicio de verosimilitud formulará criterio apreciando críticamente, mediante confirmaciones e informaciones, cuánto en las hipótesis fácticas y/o jurídicas propende a disminuir o aumentar, debilitar o reforzar, las probabilidades favorables o contrarias respecto de una efectiva ocurrencia o resultancia. La verosimilitud, en fin, expresa aquí la fe de creer ahora probable en espera de ver luego probado». (CALVO GONZÁLEZ, J., *Verdades difíciles, control judicial de hechos y juicio de verosimilitud*, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007, p. 3).

«procesal» o «relativa». Lo que debemos determinar es si a dicha verdad puede llegarse a través de la probabilidad o no.

1.2. LA PROBABILIDAD

La probabilidad de que algo suceda o, lo que verdaderamente interesa al proceso, la probabilidad de que algo haya sucedido, no es más que la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia de un hecho²¹. Puesto que no es posible fundamentar un hecho en una verdad «absoluta», al menos puede conseguirse un sustituto aceptable, constituido por una verdad «probable»²². Así, el recurso a la probabilidad resulta un lugar común usado con frecuencia en la teoría de los medios de prueba y del resultado probatorio en cuanto respecta a su valoración²³. En este contexto cabe diferenciar entre la probabilidad estadística y la probabilidad lógica²⁴, ya que ambas tienen un papel preponderante en la motivación de las sentencias.

A. LA PROBABILIDAD ESTADÍSTICA

La idea principal que subyace en el concepto de probabilidad estadística es que, por medio del cálculo de probabilidades matemáticas, es posible determinar el índice numérico que debe atribuirse a un

²¹ TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 190.

²² CALAMANDREI, P., La genesi lógica della giustizia civile, *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965, p. 42; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1989, p. 246-249.

²³ También existen quienes se posicionan en contra de la idea de la probabilidad, al definir a la misma con una connotación puramente negativa, ya que se tiende a definir como probable aquello que no es falso pero que tampoco es ciertamente verdadero. Vid, por todos, BUNGE, M., *La ciencia: su método y su filosofía*, Debolsillo, 2009, p. 65. Sin embargo, a nuestro parecer, así se cae en una realidad que solo puede llevar a equívocos. El porcentaje de probabilidad ha de ser considerado como aquel que designa el grado de confirmación de una hipótesis y no como aquel que no alcanza la verdad absoluta.

²⁴ GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, A., *Crítica de la singularidad cultural*, Anthropos, Barcelona, 2003, p. 48 y ss.; RAMÍREZ FIGUEROA, A., *Transformación de la Epistemología Contemporánea. De la unidad a la dispersión*, Universitaria, 2004, p. 61 y ss.

determinado enunciado o hipótesis fáctica²⁵. Cuando el enunciado versa sobre un hecho litigioso, los medios de prueba ofrecen los puntos de partida del cálculo, que se desarrolla, en la gran mayoría de los casos, siguiendo el teorema de Bayes. El resultado es un número entre 0 y 1 que, se supone, expresa el grado de fiabilidad del enunciado o hipótesis fáctica sobre la base de los medios de prueba considerados.

Este modo de pensar se ha vuelto bastante popular en algunas áreas de la teoría de la prueba, principalmente en aquella que proviene de la criminalística²⁶. La principal razón parece ser que esta teoría da la impresión de ser objetiva y fidedigna en un terreno en el que el subjetivismo y la incertidumbre siempre están presentes. A menudo se cree que si algo se expresa con un número puede ser tomado como cierto, y que las evaluaciones subjetivas se vuelven más objetivas y garantizan estar bajo un mayor control. No es de extrañar que, por tanto, muchos confíen en las concepciones estadísticas de la prueba, sostengan teorías bayesianas y crean que el peso de la prueba debe ser expresado con números, aunque muy pocos sean realmente capaces de desarrollar los sofisticados cálculos necesarios para incorporar un tratamiento matemático de la prueba en los contextos judiciales²⁷.

²⁵ ESPEJO MIRANDA, I., *Estadística descriptiva y probabilidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 23.

²⁶ LORUSSO, S., La prova scientifica, en GAITO, A., *La prova penale*, Utet, Torino, 2008, p. 310.

²⁷ Vid. TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 32. En este sentido, sostiene Gascón Abellán que existe una «necesidad de introducir criterios generales [cuantitativos] de valoración de la prueba aptos para neutralizar la influenciabilidad emotiva de los jurados en cuanto jueces de hecho, así como por la ausencia de una obligación de motivación del veredicto que sirviera de contrapeso al principio de libre convicción; o quizás también porque en los últimos años la evolución de las técnicas de análisis de la forensic science ha proporcionado una amplísima gama de pruebas científicas de estructura probabilístico-estadística que pueden ser usadas en los más diversos supuestos, tanto civiles como penales; o simplemente porque la aparición de la obra de L. J. Cohen, *The probable and the provable* (1977), con su confrontación entre lo que él llama probabilidad pascaliana (matemática) y probabilidad baconiana (inductiva), ha suscitado la reflexión sobre la viabilidad de la primera como modo de racionalización del proceso judicial sobre hechos». Señala, además, esta autora que «el intento de llevar al proceso el cálculo matemático de probabilidades se ha operado fundamentalmente con la aplicación del teorema

B. LA PROBABILIDAD LÓGICA

La probabilidad estadística recién mencionada suele ser considerada, por tanto, como un dato crucial que proporciona una seguridad superior al resultado probatorio. Sin embargo, esta probabilidad numérica por sí sola no nos llevaría a la verdad, siquiera «relativa» o «procesal» de los hechos. Para llegar a la misma la probabilidad estadística ha de ser coonestada con una probabilidad lógica, es decir, con una relación existente entre las pruebas aportadas por las partes²⁸. Dicha relación ha de extraerse en virtud del sentido común y de las máximas de experiencia judiciales. Esto es, la probabilidad lógica tiene la forma de un razonamiento inductivo con premisas singulares y una conclusión general. Constituye así, el apoyo que ciertos enunciados le prestan a otro, teniendo en consideración a lo largo de su inferencia los datos proporcionados por la probabilidad estadística²⁹.

de Bayes a las inferencias jurídicas basadas en probabilidades subjetivas. De todas formas, y aunque el bayesianismo ha terminado convirtiéndose en una moda o incluso en una especie de ortodoxia teórica, sobre todo en el ámbito estadounidense, es de señalar que recientemente se han propuesto nuevos modelos matemáticos de valoración racional de las pruebas que, al igual que los modelos de la probabilidad inductiva o lógica, intentan superar o paliar las deficiencias del modelo bayesiano convencional. Es el caso del modelo de *belief functions*, desarrollado por Shafer (1976), y el *Evidentiary Value Model*, desarrollado por los suecos Ekelöf, Halldén y Edman». (GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho...*, ob. cit., p. 145 y ss).

²⁸ Si el modelo bayesiano utiliza un concepto de probabilidad matemática en términos de frecuencia estadística entre indicio y tema de prueba, la teoría de la probabilidad lógica entiende en cambio la probabilidad como un concepto que surge no del azar, sino de causas: la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis. Así es como su creador, L. J. Cohen define a este modo de razonar. Este autor, lleva a cabo una teoría de la probabilidad alternativa a la probabilidad matemática, que tiene precisamente una de sus principales razones de ser en la insuficiencia de esta última para dar cuenta de los procesos judiciales de prueba. Cohen intenta mostrar que si se analiza la prueba judicial en términos del cálculo matemático de probabilidades surgen problemas y paradojas difíciles de resolver, y que estos problemas desaparecen si se usa un concepto no matemático sino inductivo de probabilidad. Para profundizar sobre esta idea vid. COHEN, L. J., *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977.

²⁹ HACKING, I., *El surgimiento de la probabilidad*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 44.

En lo que a ello concierne, ha de tenerse presente que la probabilidad lógica no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos, sino que intenta racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación o de prueba disponibles con relación a esa hipótesis³⁰. Se puede hablar, pues, de un criterio de probabilidad lógica prevaleciente como estándar al que el juez debe atenerse en la determinación de si un hecho ha recibido o no suficiente confirmación probatoria³¹ y, por tanto, al establecer si ese enunciado puede o no considerarse como «verdadero» a los efectos de la decisión³². Por consiguiente, será el producto de contemplar ambas probabilidades, arrojadas por las distintas pruebas practicadas en juicio,

³⁰ TARUFFO, M., *La prueba de...*, ob. cit., p. 224.

³¹ Conviene recordar en este punto que el estándar de prueba tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión. Establecer este umbral no es una cuestión epistemológica, sino política y moral: una determinada distribución de los riesgos del error. Lo deseado es establecer un estándar de prueba objetivo, es decir, formulado de manera que la determinación de si se ha cumplido o no una hipótesis sea independiente de las actitudes subjetivas del juzgador. Sin embargo, los estándares de prueba penales con los que cuentan la mayoría de los sistemas jurídicos no satisfacen este requisito. Tanto los estándares de la duda razonable, de origen anglosajón, como el de íntima convicción, característico de los sistemas continentales europeos, no son objetivos, en el sentido de que en última instancia remiten a actitudes del juzgador no controlables intersubjetivamente. Por ello, autores como Laudan han criticado estos estándares aduciendo que con base en los mismos «aparentemente, todo lo que importa es si habiendo oído a todas las pruebas, la creencia de los jueces es firme y sólida. Y si no es así, entonces debe votar la absolución. Los jueces ni tan siquiera explican lo que significa tener una duda razonable, manteniendo de manera vergonzosa que esta noción es auto-evidente [...]. Básicamente, en estas circunstancias, la duda razonable queda reducida a cualquier duda que un juez quiera utilizar para absolver a alguien». (LAUDAN, L., Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28, 2005, p. 100).

³² Según Frosini, el establecimiento de la veracidad de un enunciado implica aceptar la veracidad de una hipótesis. En palabras de este autor, «en los juicios criminales, la acusación trata de desarrollar una hipótesis que incluye la culpa del acusado y encaja con todas las pruebas disponibles. En respuesta, el abogado defensor trata de construir una hipótesis que incluye la inocencia del acusado y también se adapta a todas las pruebas disponibles. A menudo ambas partes logran su propósito y, en tal situación, el caso se decide habitualmente

lo que nos llevará a alcanzar una decisión más próxima a la realidad de los hechos, es decir, a la verdad «procesal».

Es por ello por lo que puede concluirse que la probabilidad lógica constituye una relación coherente entre dos enunciados, es decir, se identifica con el razonamiento que surge a partir de los elementos de juicio disponibles y que permite atribuir un valor abstracto, por ejemplo mayor credibilidad, a una hipótesis en lugar de a otra³³. Se trata, por tanto, de construir una dialéctica inductiva para poder argumentar la decisión que va desde la implicación lógica (probabilidad 1) a la negación lógica (probabilidad 0)³⁴. Debido a ello también se conoce a la probabilidad lógica como probabilidad inductiva e incluso subjetiva, ya que mide la disposición de una persona a decantarse por un acontecimiento incierto en función de un conjunto racional de posibilidades. Esta probabilidad tiene un papel fundamental en la valoración de todo tipo de medios de prueba y, como se verá más adelante, especialmente cuando haya pruebas que basen sus resultados en datos estadísticos.

2. HERRAMIENTAS DE CÁLCULO EN LA VALORACIÓN JUDICIAL

La filosofía de la ciencia ha concluido que la creencia en un conocimiento empírico capaz de proporcionar certezas incuestionables se desvaneció con el surgimiento del post-positivismo, ya que los avances científicos fueron demostrando que el mundo físico no está regido por leyes casuales, sino probabilísticas³⁵. De este modo, lo que razonablemente

a favor de la hipótesis más coherente». (FROSINI, B., *Le prove statistiche nel proceso penale e nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 45 y ss).

³³ Al respecto, afirma Rivadulla Rodríguez que: «A lo más que aspira una teoría de la inferencia inductiva es a la determinación mecánica de la probabilidad lógica o grado de confirmación de una hipótesis *h* en base al dato de experiencia *e*». (RIVADULLA RODRÍGUEZ, A., *Probabilidad e inferencia científica*, Anthropos, Barcelona, 1991, p. 72.)

³⁴ GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, A., *La construcción teórica en antropología*, Anthropos, Barcelona, 1987, p. 33 y ss.

³⁵ Los avances tecnológicos posteriores a la teoría newtoniana, y en particular los de la física cuántica, al presentar una naturaleza gobernada por el principio de indeterminación, propician más bien la creencia de que «el mundo físico (atómico) no está regido por leyes causales, sino probabilísticas del

se puede exigir es que las proposiciones inferidas de la experiencia se adopten como probablemente ciertas, reconociendo que pueden tener diferentes grados de seguridad³⁶. En sintonía con esta idea, en el apartado anterior hemos convenido en que el conjunto de pruebas de que se dispone en un proceso permite, únicamente, atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad de que la alegación vertida por la parte sea verdadera³⁷ —con las limitaciones ya señaladas respecto del concepto de «verdad»—.

En aras de concretar ese grado de confirmación en cifras, la mayoría de los intentos modernos de construir una teoría del razonamiento inferencial, que refleje el proceso de justificación del

tipo “si x entonces y en un porcentaje z”. Por lo demás, si el razonamiento empírico inductivo propio de las ciencias de la naturaleza solo es capaz de proporcionar leyes probabilísticas, a fortiori las regularidades de las llamadas ciencias sociales y de la experiencia común —las llamadas “máximas de experiencia”— tendrán también naturaleza probabilística». (GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho...*, ob. cit., p. 23). En este mismo sentido, sostiene Bunge que si el causalismo de Newton fuese verdadero, «el “azar” no sería más que un sinónimo de “ignorancia de las causas”, de modo que un ser omnisciente podría prescindir de esa palabra. Pero las leyes básicas de la física cuántica y de la genética de poblaciones son probabilistas y no se deducen de leyes causales». (BUNGE, M., *Evaluando filosofía*, Gedisa, Barcelona, 2012, p. 159).

³⁶ En relación con los grados de seguridad, afirma González Lagier que «al igual que podemos distinguir diferentes grados de certeza en las conclusiones de las inferencias probatorias, así también las conclusiones de los razonamientos científicos pueden ser más o menos fiables. De manera que tampoco el carácter probabilístico de la “verdad procesal” es exclusivo de ella. En definitiva, la “verdad procesal” y la “verdad empírica” a) no se diferencian en cuanto a la característica que predicen de los enunciados de los que se dice que son verdaderos; b) tampoco en los criterios de verdad; c) solo como cuestión de grado respecto a las restricciones a los medios de averiguación de la verdad; y d) tampoco se diferencian (de nuevo salvo, quizás, como cuestión de grado) en su carácter probabilístico». (GONZÁLEZ LAGIER, D., *Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, p. 50).

³⁷ Sobre la probabilidad de la prueba jurídica afirma Ferrer Beltrán que lo único que se deriva de la nota de incertidumbre que caracteriza la toma de decisiones en este ámbito es «una relativización de la confirmación del valor de verdad que podemos atribuir a las conclusiones que alcanzamos en ese ámbito». (FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 26-27).

conocimiento científico, han recurrido a la teoría matemática de la probabilidad³⁸. Por ello, en la actualidad, por inferencia lógica no se entiende ya aquella lógica que establece reglas para concluir en un enunciado o ley universal a partir de enunciados singulares de observación, sino aquella teoría lógica que se ocupa de averiguar el grado de confirmación, de soporte o apoyo evidencial que tiene una hipótesis en relación con una prueba³⁹.

Estas teorías son las que han motivado la propuesta del uso de la estadística en sede judicial para valorar pruebas judiciales, y poder calcular matemáticamente la probabilidad de que el hecho que se afirma pueda tomarse como cierto⁴⁰. Pero, la aparición de la criminalística

³⁸ El concepto matemático de probabilidad, según Gascón Abellán, «concebe a ésta como una propiedad de los sucesos y la interpreta en términos de frecuencia relativa, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática». Señala la autora que se trata de un concepto relativamente nuevo que ha experimentado, sin embargo, un extraordinario desarrollo que comenzó con Pascal y Fermat, y continuó con Laplace y Gauss. (GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho...*, ob. cit., p. 24).

³⁹ La idea de una lógica inductiva probabilística, sostiene Aísa Moreu, va asociada «al derrumbamiento del empirismo clásico, según el cual todo el conocimiento debía descansar sobre enunciados observacionales». Más adelante, afirma la autora, con cita de Lakatos y Carnap, que «si no se puede tener conocimiento sobre la verdad o falsedad de las teorías, sí al menos tendremos conocimiento falible, conjetural y probabilístico de ellas». (AÍSA MOREU, D., *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997, p. 21-22).

⁴⁰ Según esta Gascón Abellán, Lucena Molina, González, Rodríguez, posibilidad nos conduce al paradigma de la verosimilitud, pues los datos obtenidos mediante métodos probabilísticos han de expresarse estadísticamente en términos de verosimilitud y no de forma categórica. Sobre este paradigma vid. GASCÓN ABELLÁN, M., LUCENA MOLINA, J. J., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J., Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica; una argumentación multidisciplinar, en *Diario La Ley*, núm. 7481, Sección Doctrina, octubre, 2010. La verosimilitud no es un concepto ajeno al Derecho. Pues antes del impulso del uso de la estadística en sede judicial se viene manejando en lo que se refiere a la valoración de la prueba. Sobre el mismo y su utilización en la valoración probatoria, señalaba GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI que, «la verosimilitud o mejor dicho el juicio de verosimilitud en los casos en que el derecho procesal lo considera relevante, es un juicio que se emite no sobre el hecho sino sobre la afirmación del hecho, es decir sobre la alegación del hecho, y que además se afirma como históricamente ya ocurrido. Verosimilitud y certeza se predicen de un juicio en momentos distintos y sucesivos

en el proceso, y muy especialmente, de aquellas pruebas forenses que acompañan sus conclusiones de un porcentaje de certeza, ha enfatizado este paralelismo entre el probabilismo jurídico y el matemático, lo que, como veremos en lo que sigue, en ocasiones ha provocado más confusiones que certezas.

2.1. LA TEORÍA DE LA PROBABILIDAD BAYESIANA

En el amplísimo y complicado debate suscitado por el carácter probabilístico de la prueba, resulta especialmente relevante el cálculo de probabilidades cuantitativas mediante el teorema de Bayes⁴¹. Sin ánimo de extendernos demasiado en este cálculo matemático, pues no es propio de un trabajo jurídico, cabe mencionar siquiera cuál es la base del razonamiento de dicho teorema, para poder ponerla en relación con la valoración probatoria. Pues bien, el teorema de Bayes puede ser definido como «una consecuencia inmediata de la ley de multiplicación que sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales, dada cierta información o informaciones adicionales obtenidas»⁴². De este modo, el método proporciona una forma adecuada de incorporar información previa de un suceso además de permitir incorporar información posterior cuando ésta sea accesible.

y no cabe o no se debe por ello confundirlos». (GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., La valoración de la prueba penal, en AA.VV., *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editorial Nacional, Madrid, vol. II, 1979, p. 113).

⁴¹ El Teorema de Bayes fue diseñado por el matemático británico Thomas Bayes, al estudiar el problema de la determinación de las causas a través de los efectos observados. En su obra *Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, de 1763, se utilizaba por primera vez la probabilidad inductivamente, y se establecía una base matemática para la inferencia probabilística. De este modo, la fórmula de Bayes permite calcular las probabilidades a posteriori, siempre y cuando conozcamos las probabilidades a priori y las verosimilitudes. Sobre el uso de este teorema en el razonamiento probatorio vid., especialmente, TILLERS, P., GREEN, E., *Probability and Inference in the Law of Evidence: the uses and limits of Bayesianism*, Kluwer, Dordrecht, The Netherlands, 1988.

⁴² VARGAS ÁVILA, R., La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal, *Prolegómenos. Derechos y valores*, núm. 25, 2010, p. 143.

En su formulación más simple, el teorema de Bayes mide, mediante el *likelihood ratio* (LR), cuántas veces es más probable el suceso de culpabilidad que el de inocencia, en función de unos parámetros dados:

$$\text{Likelihood Ratio} = \frac{\text{probabilidad del hallazgo científico dada la culpabilidad}}{\text{probabilidad del hallazgo científico dada la inocencia}}$$

Por ejemplo, si tenemos una huella dactilar de doce puntos característicos que coinciden con los del acusado, el numerador de este ratio supondrá que tal huella pertenece al encausado, por lo que valdrá 1, mientras que el denominador ha de reflejar la frecuencia con la que las características de estos doce puntos aparecen en el resto de la población⁴³. Supongamos que estas marcas lofoscópicas aparecen en 7 de cada 100 personas. Por tanto, el denominador del cociente LR valdrá 0,07 y, consecuentemente, el LR tendrá un valor de 14,28 (LR = 1/0,07). Este resultado nos viene a decir que es 14,28 veces más probable que la huella dactilar pertenezca al encausado si suponemos que esa huella la dejó él, que si suponemos que la dejó otra persona⁴⁴. Cuando el resultado del LR es igual a 1, la evidencia es neutra, es decir, apoya por igual la hipótesis de

⁴³ Esto es lo que se conoce en estadística como probabilidades condicionadas, es decir, tenemos un valor de la huella dactilar condicionado a que el encausado sea el culpable (que vale 1) y otro valor de esa misma huella condicionado a que el encausado sea inocente (en este caso, 0,07).

⁴⁴ En este sentido, es esencial una correcta lectura de los resultados obtenidos pues, de lo contrario, cambiaría por completo el significado de las conclusiones de los protocolos criminalísticos. Por ello, insisten GASCÓN ABELLÁN, LUCENA MOLINA Y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ en que «en este sentido, lo único que el perito puede (y debe) hacer es expresar los resultados de la prueba de un modo científicamente riguroso y que al mismo tiempo permita al juez comprender el alcance exacto de los mismos de cara a realizar su valoración ponderándolos con el resto de pruebas. Por eso, en pro del *rigor* pero también de la *claridad*, el perito debería huir en su informe de las expresiones categóricas o probabilísticas sobre las hipótesis planteadas por las partes con respecto a un cotejo criminalístico y optar en cambio por pronunciamientos del tipo: «es *R* veces más probable que coincidan los perfiles genéticos si el vestigio *x* procede de *f* que si no procede de *f*»; o «es *R* veces más probable que coincidan las huellas dactilares si la huella es del acusado que si no lo es». (GASCÓN ABELLÁN, M., LUCENA MOLINA, J. J., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J., Razones científico-jurídicas para valorar a prueba científica..., ob. cit., p. 9).

culpabilidad que la de inocencia. Y, finalmente, cuando el LR es menor que 1, la evidencia apoya la hipótesis de inocencia. De este modo, por medio del LR, podemos hacernos una idea del significado de una prueba estadística.

Un paso más en este teorema, nos permite combinar los resultados de la probabilidad que arroja la prueba estadística con el valor probatorio de otras pruebas no estadísticas. El resultado de esta combinación se denomina «probabilidad a posteriori» y se obtiene multiplicando el LR por la «probabilidad a priori»⁴⁵. Para calcular la «probabilidad a priori» el juez tiene que evaluar la información proporcionada por el resto de las pruebas practicadas en el plenario y asignarle un valor numérico. De esta manera, el teorema de Bayes mide el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende acreditar, provoca la toma en consideración de la prueba estadística⁴⁶. Su utilidad procesal, por tanto, consiste en ser un instrumento que permite combinar información estadística sobre un suceso, con información que carece de esa naturaleza, proporcionando una valoración final agregada de la probabilidad del suceso. Esto es, siguiendo con el ejemplo propuesto, tomando como LR 14,28, el resultado de la prueba estadística incrementaría la probabilidad a posteriori. Y esto sucedería con más intensidad mientras más pruebas acrediten la culpabilidad. Por el contrario, la probabilidad a posteriori se vería menos incrementada por la prueba estadística si la probabilidad a priori es baja, por apuntar el resto del material probatorio a la inocencia del encausado, y pese a lo elevado del LR.

En virtud de este razonamiento, según Vargas Ávila, «la aportación del teorema bayesiano permite restablecer el principio de libre valoración

⁴⁵ La formulación es sumamente simple, pues consiste en una sencilla multiplicación: $P \text{ a posteriori} = LR \times P \text{ a priori}$.

⁴⁶ Como recoge Ferrer Beltrán, los defensores del teorema de Bayes, sostienen que cualquier inferencia probatoria, y no solo las que se realizan respecto de la prueba estadística, «se basa sustancialmente en la aplicación del teorema de Bayes bajo la interpretación subjetivista de la probabilidad como grado de creencia racional. Así, lo que el método de cálculo nos dice es qué grado de creencias es racional tener en la hipótesis dado un elemento de juicio si antes de conocer el elemento de juicio teníamos un grado de creencia x en ella y dadas las probabilidades inversas de que esté presente el elemento de juicio si la hipótesis es verdadera y si no lo es». (FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 110).

de la prueba en toda su extensión cuando parecía que, precisamente, la aplicación de los métodos científicos reducía la capacidad judicial de apreciar críticamente los resultados probatorios»⁴⁷. No obstante, no debe soslayarse que, como veremos a continuación, la aplicación de este teorema presenta diversos problemas en la valoración judicial. Por un lado, el hecho de atribuir probabilidades numéricas a una prueba que no presenta sus resultados estadísticamente, como puede ser una testifical, y mezclarlo con otra prueba que sí lo hace, como puede ser una de ADN, dispara la complejidad de estos cálculos matemáticos y, con ella, la facilidad de incurrir en equívocos, tanto procedimentales como interpretativos⁴⁸. Por otro lado, la población que se tome como referencia para el cálculo de las probabilidades es crucial, por lo que puede alterar sustancialmente el resultado.

2.2. LA APLICACIÓN DE LA ESTADÍSTICA AL ÁMBITO PROBATORIO

Acaba de exponerse como, mediante la inferencia bayesina, desde el punto de vista matemático se puede demostrar que con el cálculo de probabilidades es posible representar de modo numérico un conjunto racional de creencias, de manera que se establezca una relación entre probabilidad e información. Más aún, como hemos visto, la regla de Bayes proporciona una vía de actualización de las creencias cuando aparece nueva información, con la sencilla modificación del valor atribuido a la probabilidad a priori. Sin embargo, de esto no se sigue necesariamente que el cálculo de probabilidades pueda esclarecer la fuerza probatoria que juegan las pruebas estadísticas en el contexto de un cuerpo probatorio

⁴⁷ VARGAS ÁVILA, R., «La valoración de la prueba...», ob. cit., p. 143.

⁴⁸ En este sentido, señala Gascón Abellán que, «la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar una sola prueba que versa directamente sobre la hipótesis a probar, que es además una hipótesis simple, pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante, al punto de producir “indigestión intelectual”, cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la pluralidad de elementos de prueba relativos a la misma hipótesis, la *cascaeded inference* o la prueba de una hipótesis referente a un hecho complejo». (GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho...*, ob. cit., p. 149).

más extenso⁴⁹. Por el contrario, se corre el riesgo de que nos encontremos con la situación opuesta, pues el probabilismo jurídico nos incita a confundir las probabilidades estadísticas con el valor de la prueba, y ello puede tentarnos a caer en equívocos, como formular e interpretar los resultados obtenidos según la opción que más convenga a cada parte, u olvidar que las pruebas estadísticas de un caso deben valorarse junto con otras muchas que no ofrecen resultados estadísticos.

En este sentido, una errónea interpretación del resultado estadístico en la valoración de una prueba puede conducir a lo que, doctrinalmente, se ha llamado la falacia del fiscal y la falacia de la defensa⁵⁰. Esta interpretación, en la mayoría de los casos, se debe a una presentación sesgada de los resultados estadísticos por el experto de cada parte⁵¹. Y es

⁴⁹ Como señala Haack, «no hay duda alguna de que las pruebas estadísticas — desde los análisis de ADN en casos penales hasta los estudios epidemiológicos en casos de daños por sustancias tóxicas y los cálculos actuariales en demandas de daños por muerte, etc.— juegan un papel muy significativo en el derecho; y de forma totalmente apropiada. Y tampoco hay duda de que el cálculo matemático de probabilidades sea aplicable a las pruebas estadísticas. [...] Pero los cálculos de probabilidad de una coincidencia con el demandado son extrapolaciones matemáticas de los datos empíricos. No son datos matemáticos puros; pero tampoco son exactamente estadísticos, pudieran ser cualquiera de los dos si esto se interpreta como basados en estudios de patrones de una muestra en la población». (HAACK, S., *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, en VÁZQUEZ ROJAS, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 89 y ss).

⁵⁰ Esta denominación apareció por vez primera en el artículo estadounidense: THOMPSON, E. L., SHUMANN, E. L., *Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy*, in *Law and Human Behavior*, Springer, vol. II, n. 3, 1987. En España se ha realizado una traducción literal de esta expresión, pero debe reseñarse que esta denominación no responde al funcionamiento del proceso penal español. Mientras que en EEUU el fiscal en juicio oral siempre acusa, en España, como es sabido, aunque esto suceda en la mayoría de los casos puede no ocurrir. Por tanto, creemos más acertada que estas falacias hubieran sido traducidas como «la falacia de la acusación» y «la falacia de la defensa», para evitar equívocos en la función del Ministerio Fiscal.

⁵¹ Desde una perspectiva racionalista para el ejercicio de un derecho estadístico, es fundamental distinguir bien entre el cálculo y el análisis estadístico, o, como señala Torres Manrique, «entre la descripción y la heurística (búsqueda de datos relevantes para un propósito concreto)». Continúa el autor afirmando que «otro concepto fundamental para la filosofía de la estadística, y por lo tanto, para cualquier perspectiva jurídica, es el de la interpretación

que, cuando lo que el proceso desea conocer es la probabilidad de que una huella dactilar o una muestra de ADN provenga del encausado, para responder a esta incógnita cada experto podrá expresar los resultados obtenidos de una misma prueba forense de diversa forma. Veamos mejor con un ejemplo cómo podrían darse estas interpretaciones engañosas.

Por continuar con el ejemplo anterior, si la huella dactilar obtenida se analiza según el sistema electrónico SAID y se concluye que esas marcas dactilares solo la poseen dos de cada cien personas, la acusación presentaría el caso afirmando que: «Las marcas analizadas la posee solo el 2% de la población, por lo que solo hay un 2% de probabilidades de que esa huella provenga de otro individuo. Ello significa que la probabilidad de que el acusado sea culpable es de un 98%». De otra parte, la defensa sostendría que: «En una población como Barcelona, con más de un millón y medio de habitantes, el 2% de la población equivale a más de 30.000 personas. Por consiguiente, la probabilidad de que el acusado sea culpable es una entre 30.000». Según sostiene Carracedo Álvarez, ninguno de estos argumentos es correcto, pues no podemos pasar por alto que el teorema de Bayes se basa en probabilidades condicionadas, por lo que nos ofrece un resultado sobre la base de una hipótesis⁵². Esto es, no concluye que el encausado sea culpable, sino que es X veces más probable que sea culpable si sostenemos la hipótesis de culpabilidad. En el ejemplo anterior la hipótesis ha sido de culpabilidad, pues considerando

o hermenéutica. Las habrá mejores y peores, correctas e incorrectas; pero no dejan de ser interpretaciones más o menos discutibles muchas de las aplicaciones estadísticas, sometidas por lo tanto a las reglas de la hermenéutica tanto como puedan estarlo los comentarios de textos legales y la interpretación casuística de jurisprudencia y doctrina». (TORRES MANRIQUE, J. I., Reflexiones acerca del advenimiento del nada lejano, como aparentemente inortodoxo y eventualmente infuturible, escenario de un derecho estadístico, *Derecho y Cambio Social*, 2011, p. 11).

⁵² Tras negar la veracidad de estos argumentos, el autor afirma que «el problema es que tanto con las imágenes, como con las palabras y mucho más con las probabilidades, no puede confiarse, en ocasiones, totalmente de la intuición y experiencia, pues es fácil que se produzca paradojas lógicas. Es necesario aprender un método para poder realizar una valoración correcta». (CARRACEDO ÁLVAREZ, A., Valoración de la prueba del ADN, en MARTÍNEZ JARRETA, M. B., *La prueba del ADN en medicina forense: la genética al servicio de la ley*, Masson, Baelcona, 1999, p. 303).

que el encausado cometió el delito —denominador al que atribuimos el valor 1—, llegamos a la conclusión de que es 14,28 veces más probable que la huella dactilar pertenezca al mismo, que si considerásemos que no lo ha hecho él. Por lo que todo lo que se multiplique a ese cociente, estará determinado por la hipótesis de culpabilidad, que será lo que interese, en este caso, a la acusación. Quizás, lo más acertado para no incurrir en engaños interpretativos sería presentar varios cálculos, es decir, calcular la probabilidad del hallazgo científico dada la culpabilidad y dada la inocencia, para que el juez pueda valorar con base en resultados objetivos⁵³.

Ahora bien, no solo presentan estos problemas las pruebas derivadas de la criminalística. El uso de la estadística en los resultados probatorios es una práctica que, dada su proliferación, es utilizada para argumentar posiciones procesales que se basan en pruebas de otra naturaleza. En relación con ello, debe destacarse el caso británico de Sally Clark. Sally Clark dio a luz a un bebé el 26 de septiembre de 1996. El 13 de diciembre de ese mismo año Clark llamó alarmada a una ambulancia al ver a su bebé inconsciente poco después de haberlo acostado. Una vez en el hospital fue declarado muerto por los médicos que lo atendieron. Poco más tarde, el 29 de noviembre de 1997 nació otro hijo del matrimonio que con tan solo ocho semanas de vida fue hallado muerto en su casa. Sally Clark había estado sola ante ambos fallecimientos y ello hizo que fuera acusada de infanticidio. Por un lado, la defensa argumentó que se trataba de dos casos de «muerte súbita del lactante», un fenómeno sin causa conocida que afecta a uno de cada 8.500 recién nacidos.

Por otro lado, el testimonio del experto que aportó la fiscalía logró demostrar, según la acusación científicamente pero, realmente estadísticamente, que esos fallecimientos fueron provocados. Para este pediatra la explicación era sencilla: si la muerte súbita de un bebé acontece una de

⁵³ Así lo sugieren, Carracedo Álvarez y Vargas Ávila. El primero de estos autores considera que «es de sentido común adoptar una postura equidistante entre la dicotomía fisca/defensa. Hay que reconocer que existen ambos puntos de vista, y que la posición justa está en contemplarlos ambos». (CARRACEDO ÁLVAREZ, A., Valoración de la prueba de ADN, ob. cit., p. 305). Por su parte, Vargas Ávila sugiere que «el perito presente no uno, sino varios cálculos posibles de probabilidad en los que se reflejen diversos valores apriorísticos para que el tribunal atendiendo al valor inculpativo o exculpativo se decida por uno de ellos». (VARGAS ÁVILA, R., La valoración de la prueba científica de ADN, ob. cit., p. 144).

cada 8.500 veces, la muerte súbita de dos ocurre una de cada setenta y tres millones de veces—8.500², algo así como 1 entre 73 millones—. Con lo que, este dato, sumado al hecho de que la única persona que había en la casa en el momento del fallecimiento era Sally Clark llevó al jurado—con ocho votos a favor frente a dos en contra— a declararla culpable de los asesinatos de sus dos hijos, y al juez a imponerle la pena de cadena perpetua. Tras la condena, la Royal Statistical Society—una de las sociedades más distinguidas y célebres a nivel mundial en el ámbito de la estadística— elaboró y entregó un informe explicando el mal uso que se había practicado de la estadística en los tribunales para la resolución de esta contienda. En el informe la Royal Statistical Society argumentó que el hecho de que la probabilidad de muerte súbita del primer hermano sea de una entre 8500 no significa que la de los dos sea una entre 8500², porque las probabilidades sólo se multiplican si los sucesos son independientes. Además, apunta el informe que, los casos que manejó el pediatra de la acusación no detallaban si había más incidencia de muertes súbitas en familias en las que ya había habido alguna. Y, sin embargo, es casi obvio pensar que puede haber tal correlación. Dicho informe, junto con otras pruebas médicas recopiladas por la defensa, absolvieron a Clark tres años y medio después de estar cumpliendo condena⁵⁴. Por lo que, este caso real evidencia la advertencia que vinimos realizando, y es que: la probabilidad de dos muertes súbitas en una familia, no era el equivalente a la probabilidad de que Sally fuera culpable.

Por último, otra de las imprecisiones a considerar, es la relacionada con la población de referencia, ya que cualquier probabilidad de este tipo está formulada sobre la base de una muestra, tomada de una población en concreto⁵⁵. Por ejemplo, en la investigación de un asesinato cometido en

⁵⁴ Para profundizar sobre este caso, vid., *ad exemplum*, CHILLEY, J., *Expert evidence and miscarriage of justice. The case of Sally Clark*, Grin, 2015. Otro caso paradigmático en el uso erróneo de la estadística para fundamentar una condena es el conocido como «el pueblo contra Collins». En ROHATGI, V., *Statistical Inference*, Dover Publications, New York, 2003, p. 65 y ss., se explica con detalle este caso en términos probabilísticos.

⁵⁵ El resultado de la prueba puede considerarse absolutamente cierto cuando excluye la identidad de las dos muestras, la dubitada y la indubitada; pero cuando afirma la identidad surgen dudas, pues este resultado depende de un complejo cálculo estadístico: la probabilidad de la identidad depende de la población de referencia, y puede suceder que no esté claro cuál haya de ser esa población

Barcelona, no tendría por qué considerarse a la población de toda la ciudad, pues tal vez, según las pesquisas del caso, el círculo de sospechosos sea más reducido, y baste incluso con seleccionar la población del distrito donde vivía o donde trabajaba la víctima. Con la finalidad de afinar en lo que se refiere a la población de muestra, podría ser una solución que el juez sea el que la determine, ya que es él quien conoce en profundidad las circunstancias particulares del delito, y no el experto al que se pide que practique la prueba.

CONSIDERACIONES FINALES

La complejidad de las inferencias del razonamiento jurídico ha llevado a la inclusión en el proceso de cálculos estadísticos con la pretensión de que la valoración de ciertas pruebas sea lo más objetiva posible. Sin embargo, ni las partes ni los jueces parecen tener un dominio adecuado de estas herramientas matemáticas y, menos aún, de cómo aplicarlas en el ámbito judicial. Además, como hemos señalado *supra*, no todas las pruebas pueden presentar sus resultados en forma de porcentajes probabilísticos, por lo que habría que atribuirles un valor numérico con base en criterios lógicos o del raciocinio inferencial, lo que, pese a no ser aleatorio, tampoco parece muy riguroso.

En relación con ello, ya hemos visto que el teorema de Bayes incluye las probabilidades asociadas a las pruebas no estadísticas mediante lo que hemos denominado la «probabilidad a priori». La cuestión es ¿cómo se determina esta probabilidad? Insistimos en que, asignar números precisos a la convicción judicial sobre la certeza que proporcionan las

—sobre todo en sociedades multiétnicas— o que no se disponga de datos suficientes sobre los vestigios analizados. (TARUFFO, M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 8, núm. 2, 1996, p. 214 y ss). En esta misma línea, sostiene Carracedo Álvarez que: «Normalmente, el perito escoge la población del entorno del caso, lo que habitualmente coincide con un grupo poblacional concreto. Por ejemplo, si el caso es de Galicia se utiliza la población gallega residente, o si es en Cataluña, la población catalana residente. Aunque utilizar este tipo de población es habitualmente lo más apropiado, no existen, en general, diferencias importantes si se utilizan datos globales de población española, aunque sí puede haberlo si se utilizan erróneamente por el perito datos de poblaciones autóctonas particulares y no de población residente». (CARRACEDO ÁLVAREZ, A., *Valoración de la prueba de ADN*, ob. cit., p. 306).

pruebas que se presentan en sala supondría determinar probabilidades matemáticas en función de creencias subjetivas que, aunque estén regidas por la sana crítica, no son directamente identificables, objetivamente, con una cifra concreta. Y es que la probabilidad a priori no viene dada por una cifra predeterminada, sino que hace referencia al concepto de probabilidad lógica del que hablábamos al principio de este artículo, cuyo cálculo requiere cohonestar todas las premisas singulares para, a través del razonamiento inductivo, poder alcanzar una conclusión general.

En principio, ante la ausencia de premisas singulares, podría atribuírsele a la probabilidad a priori el valor del 50%, pues a falta de otros indicios o pruebas hay las mismas posibilidades de culpabilidad que de inocencia. Ahora bien, a medida que se van obteniendo más datos e informaciones sobre lo sucedido, la probabilidad a priori se irá modificando, y se sustituirá el 50% por una cifra progresivamente más elevada, si es que se incrementan los indicios o pruebas inculpatorias, o por una probabilidad inferior en caso de que disminuyan dichos indicios⁵⁶. Siendo así, se presenta un importante problema de inadecuación de la probabilidad bayesiana para valorar las pruebas estadísticas junto con las no estadísticas en un caso concreto. Pues, si la probabilidad a priori es distinta entre los juzgadores de un caso, entonces la probabilidad a posteriori, conformada por la multiplicación de las probabi-

⁵⁶ Sobre la utilización de estos elementos como factores a tener en cuenta para confirmación de la solidez de una alegación, sostiene Gascón Abellán que «el grado de confirmación de una hipótesis, aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); la solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas que la confirman (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por el resultado de una prueba de ADN o por un testimonio no demasiado sólido); el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de la hipótesis (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una prueba directa o por una prueba circunstancial); la cantidad de pruebas o confirmaciones (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y la variedad de pruebas o confirmaciones, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada solo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas y pruebas indiciarias)». (GASCÓN ABELLÁN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005, p. 86).

lidades entre pruebas estadísticas y no estadísticas, también lo será. Con lo que, podemos encontrarnos que dos jueces distintos arriben a conclusiones diferentes a partir de los mismos datos. Se comprueba así, cómo el uso de las inferencias bayesianas no ofrece exactitud en la valoración de las pruebas, sino una mera aproximación expresada con una fórmula matemática que, en última instancia, opera sobre la base del mismo razonamiento que emplea el sistema de libre valoración de las pruebas: mediante la confirmación de hipótesis según los medios probatorios practicados.

Si a ello le unimos las interpretaciones de parte que, consciente o inconscientemente, suelen contener sesgos que proporcionan mayor carga probatoria a sus alegaciones, llegamos a la conclusión de que el uso de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria siembra más dudas que certezas. Lo aconsejable es continuar empleando el criterio de la sana crítica y las máximas de experiencia para valorar tanto pruebas que ofrecen sus resultados con cifras estadísticas como aquellas que no lo hacen⁵⁷. De este modo, se evitará

⁵⁷ Dado que los términos “sana crítica” y “máximas de experiencia” no son utilizados por todos los ordenamientos jurídicos y que, entre los que lo utilizan no son plenamente coincidentes, cabe aclarar qué sentido encuentran en el caso español. En acertadas palabras de Garciandía, puede entenderse a la sana crítica como «principios, axiomas, máximas, directrices, razones que deben servir de medida, de canon al que se han de ajustar las acciones, los juicios y las opiniones para que resulten rectas [...], las reglas de la sana crítica constituyen “el único módulo de control judicial” que existe, o lo que es lo mismo, “las reglas ponderativas”, “cánones amplísimos” por definición, que permiten fiscalizar los criterios aplicables o modos empleados por el juzgador en la valoración». (GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 266-267). De modo más breve, según Couture, la «sana crítica» constituye un sistema de valoración de la prueba caracterizado fundamentalmente por dos elementos esenciales: se trata de reglas que aluden al correcto entendimiento humano, y se trata de reglas construidas a partir de la lógica y la experiencia común llamadas a imponer finalmente la racionalidad y razonabilidad del juicio. (COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 270 y ss). En esta misma línea Font Serra expresa que las reglas de la sana crítica son una combinación de los criterios lógicos y de las máximas de experiencia que debe utilizar el juez para apreciar la prueba. (FONT SERRA, E., «El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Prueba*, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 104 y ss). Por tanto, puede afirmarse que las reglas de la sana crítica se concretan básicamente en dos criterios directores del razonamiento judicial:

confiar en datos numéricos que para nada solucionan el entresijo que supone acreditar el acaecimiento de unos hechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÍSA MOREU, D., *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997.

ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E., Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BUNGE, M., *La ciencia: su método y su filosofía*, Debolsillo, 2009.

BUNGE, M., *Evaluando filosofía*, Gedisa, Barcelona, 2012.

CALAMANDREI, P., *Il giudice e lo storico*, trad. SENTÍS MELENDO, en Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, 1945.

CALAMANDREI, P., La genesi lógica della giustizia civile, *Opere giuridiche*, Morano, Napoli, 1965.

CALVO GONZÁLEZ, J., Verdades difíciles, control judicial de hechos y juicio de verosimilitud, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007.

la lógica, de un lado, y la experiencia común del juzgador, de otro. Si la lógica impone un determinado modo de conducir el razonamiento a partir de premisas encadenadas sobre la base de principios que permiten la deducción argumental sucesiva, las máximas de experiencia sirven como control interno tanto de razonabilidad de las deducciones lógicas como de la aceptabilidad de los resultados a que ellas conducen. Un profundo estudio sobre las máximas de experiencia puede encontrar en la obra de STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, trad. DE LA OLIVA, A., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. En este famoso trabajo sobre la ciencia privada del juez se concluyó que el juez en determinadas situaciones puede servirse de su propio saber extraprocesal y extrajurídico. Sus argumentos fundamentales son, que junto a los tradicionales elementos lógicos que sirven al juez para construir la sentencia —las normas y los hechos concretos— es preciso añadir las máximas de experiencia (*Erfahrungssätze*) que no pertenecen ni a uno ni a otro, constituyendo una tercera categoría, en cuanto se trata de definiciones o juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto y de sus circunstancias, adquiridos por la experiencia pero autónomos respecto a los casos particulares de cuya observación se deducen. En definitiva, la suma del silogismo lógico-argumental, sometido a la crítica de la experiencia común del juez, constituyen la base de la sana crítica, y el punto de anclaje de variados criterios —prudente apreciación, sentido común, conciencia, raciocinio humano, buen criterio, corrección del resultado deductivo, etc.— que han venido a enriquecer un sistema de valoración de la prueba cuya principal virtualidad es encauzar dentro de la razón la libertad del juzgador en la apreciación de los distintos medios probatorios.

- CAPRIOLI, F., Verità e giustificazione nel processo penale, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.30>
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CARRACEDO ÁLVAREZ, A., Valoración de la prueba del ADN, en MARTÍNEZ JARRETA, M. B., *La prueba del ADN en medicina forense: la genética al servicio de la ley*, Masson, Barcelona, 1999.
- CHILLEY, J., *Expert evidence and miscarriage of justice. The case of Sally Clark*, Grin, 2015.
- COHEN, L. J., *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198244127.001.0001>
- ESPEJO MIRANDA, I., *Estadística descriptiva y probabilidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.
- COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1989.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FONT SERRA, E., El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en *La Prueba*, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2000.
- FROSINI, B., *Le prove statistiche nel proceso penale e nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2002.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, M., LUCENA MOLINA, J. J., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J., Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica; una argumentación multidisciplinar, *Diario La Ley*, núm. 7481, Sección Doctrina, octubre, 2010.
- GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, A., *La construcción teórica en antropología*, Anthropos, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, A., *Crítica de la singularidad cultural*, Anthropos, Barcelona, 2003.

GONZÁLEZ LAGIER, D., Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal), *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003.

GRAJALES, A., *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, F., La valoración de la prueba penal, en AA. VV., *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editorial Nacional, Madrid, vol. II, 1979.

HAACK, S., El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, en VÁZQUEZ ROJAS, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

HACKING, I., *El surgimiento de la probabilidad*, Gedisa, Barcelona, 1995.

LAUDAN, L., Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.08>

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Mendoza, Cuyo, 2001.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., Información y justicia: la dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones, en *Justicia y medios de comunicación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

LORUSSO, S., La prova scientifica, en GAITO, A., *La prova penale*, Utet, Torino, 2008.

LUNA SERRANO, A., Acerca de las verdades presuntas que inducen certeza, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, La ley, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ SOLANO, J. F., *El problema de la verdad en K.R. Popper: reconstrucción histórico-sistemática*, Netbiblio, 2005.

RAMÍREZ FIGUEROA, A., *Transformación de la Epistemología Contemporánea. De la unidad a la dispersión*, Universitaria, 2004.

RIVADULLA RODRÍGUEZ, A., *Probabilidad e inferencia científica*, Anthropos, Barcelona, 1991.

ROHATGI, V., *Statistical Inference*, Dover Publications, New York, 2003.

PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, trad. DE LA OLIVA, A., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

TARUFFO, M., Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 8, núm. 2, 1996.

TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011.

THOMPSON, E. L., SHUMANN, E. L., Interpretation of Statistical Evidence in Criminal Trials: The Prosecutor's Fallacy and the Defense Attorney's Fallacy, *Law and Human Behavior*, Springer, vol. II, n. 3, 1987.

TILLERS, P., GREEN, E., *Probability and Inference in the Law of Evidence: the uses and limits of Bayesianism*, Kluwer, Dordrecht, The Netherlands, 1988.

TORRES MANRIQUE, J. I., Reflexiones acerca del advenimiento del nada lejano, como aparentemente inortodoxo y eventualmente infuturible, escenario de un derecho estadístico, *Derecho y Cambio Social*, 2011.

VARGAS ÁVILA, R., La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal, *Prolegómenos. Derechos y valores*, núm. 25, 2010. <https://doi.org/10.18359/prole.2450>

WEINSTEIN, J. B., *Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials*, *Col. L. Rev.* 66, 1966. <https://doi.org/10.2307/1120774>

WITTGENSEIN, L., *Sobre la certeza*, trad. por Isidoro Reguera, Gredos, Madrid, 2009.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/12/2017
- Avaliação 1: 23/12/2017
- Avaliação 2: 30/12/2017
- Decisão editorial preliminar: 10/01/2018
- Retorno rodada de correções 1: 18/01/2018
- Decisão editorial final: 18/01/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 183-214, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.118>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica

Scientific standards as admissibility requirements for scientific evidence

Standards de cientificidade como critérios de admissibilidade da prova científica

Juan Manuel Alcoceba Gil¹

Universidad Carlos III – Madri/Espanha

jalcoceb@der-pu.uc3m.es

 <https://orcid.org/0000-0003-2225-0177>

RESUM: Las ciencias aplicadas son cada vez más utilizadas por la judicatura como principal vía de acceso al conocimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento. Así lo demuestra la creciente aparición en el proceso penal de evidencias obtenidas a través de métodos de investigación de base científico-forense. Sin embargo, la legislación no contiene pautas que permitan identificar qué pruebas merecen el calificativo de científicas y cuáles no. La principal causa de esta omisión parece tener origen en la inexistencia de un concepto jurídico de ciencia, necesario para establecer los límites con que trazar la forma y contenido de la prueba científica. Solo en la jurisprudencia norteamericana pueden encontrarse ciertos criterios destinados a determinar la cientificidad de las pruebas. Estos criterios son conocidos como *estándares jurisprudenciales de cientificidad*

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Premio extraordinario de doctorado. Desde el año 2010 imparte clases de grado y posgrado sobre diversas materias relacionadas con el proceso penal. Es coordinador de la asignatura Sistema Judicial Español y Subdirector del Master Universitario en Justicia Criminal ofertado por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha impartido docencia tanto en universidades españolas como extranjeras y ha participado en congresos nacionales e internacionales. Es profesor del Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

y presentan un claro carácter heterogéneo, pues integra múltiples elementos pertenecientes a distintas nociones de ciencia. Mediante el análisis de tales estándares de cientificidad es posible apreciar el papel que cumple el Derecho en la conformación del concepto de ciencia, donde lejos de concebirse como un mero receptor pasivo, actúa como un instrumento de interacción creativa que utiliza y modifica los conocimientos científicos según sus propias exigencias.

PALABRAS-CHAVE: Proceso penal; prueba científica; jurisprudencia; estándares de cientificidad; ciencias forenses.

ABSTRACT: *Applied sciences are increasingly used by the judicature as the primary means of access to knowledge of the facts under investigation or prosecution. This is evidenced by the fact that there is a growing number of evidence gathered through investigation methods that are based on forensic sciences. However, the legislation does not contain guidelines to identify which tests deserve the qualification of scientific and which do not. The main cause of this omission seems to be rooted in the inexistence of a legal concept of science, which is necessary to delimit the form and content of scientific evidence. Only in American jurisprudence can certain criteria be found to determine the scientificity of the evidence. These criteria are known as jurisprudential standards of scientificity and have a clear heterogeneous character, since they integrate elements from different notions of science. Through the analysis of such standards of scientificity it is possible to appreciate the role of law in shaping the concept of science. Thus, far from considering the law as a mere passive receptor, it may be understood as an instrument of creative interaction that uses and modifies scientific knowledge according to its own requirements.*

KEYWORDS: *Criminal Procedure; Scientific Evidence; Scientific Standards; Forensic Sciences.*

RESUMO: *As ciências aplicadas são cada vez mais utilizadas como principal via de acesso ao conhecimento dos fatos objetos do juízo. Isso é demonstrado pela crescente aparição no processo penal de provas obtidas por meio de métodos de investigação de base científico-forense. Contudo, a legislação não contém pautas que permitam identificar quais provas merecem a qualificação como científicas ou não. A principal causa dessa omissão parece ter origem na inexistência de um conceito jurídico de ciências, necessário para estabelecer os limites para traçar a forma e o conteúdo da prova científica. Somente na jurisprudência estadunidense podem ser encontrados certos critérios destinados a determinar a cientificidade das provas. Esses critérios são*

denominados “standards judiciais de cientificidade” e apresentam um claro caráter heterogêneo, pois integram vários elementos pertencentes a distintas noções de ciência. Por meio da análise de tais standards de cientificidade é possível verificar o papel que cumpre o Direito na conformação do conceito de ciência, em que, longe de se conceber como mero receptor passivo, atua como um instrumento de interação criativa que utiliza e modifica os conhecimentos científicos segundo suas próprias exigências.

PALAVRAS-CHAVE: *Processo penal; prova científica; standards de cientificidade; ciências forenses.*

SUMÁRIO: 1. El juez ante la ciencia; 2. La importancia de la prueba científica; 3. La delimitación jurisprudencial del concepto de prueba científica. Consideraciones Finales. Referencias.

1. EL JUEZ ANTE LA CIENCIA

Tanto la ciencia como el derecho son instituciones que han acompañado al ser humano desde los inicios de la civilización, desarrollándose junto al mismo de forma paulatina y acompasada a lo largo de la historia, lo que ha propiciado el surgimiento de espacios de interacción recíproca entre ambas disciplinas.

Si bien la esfera jurídica y científica abarcan ámbitos del conocimiento claramente diferenciados, es posible constatar como en determinadas prácticas sociales se produce una articulación conjunta de sendos paradigmas. Un claro ejemplo de ello es el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir; el desempeño de la función de juzgar².

Al margen del extenso e intrincado debate mantenido por eminentes teóricos acerca del carácter científico del Derecho³, resulta patente la fuerte influencia que las ciencias naturales han ejercido sobre la

² Para un análisis pormenorizado del paralelismo existente entre ciencia y proceso judicial, puede consultarse: ALCOCEBA GIL, Juan M. *Ciencia y Proceso Penal: La prueba de ADN en el Proceso Penal Español*. Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2016.

³ Siendo buena prueba de la profundidad y complejidad del debate la extensísima literatura que existe en torno a dicha cuestión, de entre la que sobresale

práctica forense a lo largo de la historia: ya sea actuando como referente epistemológico a imitar por el razonamiento judicial relativo al elemento fáctico -constitutivo de la premisa menor del silogismo jurídico clásico-⁴; bien sea a través del uso que se hace en el ámbito procesal de la información proporcionada por las ciencias forenses como medio de investigación y prueba⁵.

Así, la misma definición de prueba judicial acuñada por la doctrina más consolidada, en tanto herramienta epistémica destinada a “determinar si se pueden o no considerar verdaderos los hechos principales del caso, partiendo de que en el proceso es posible, con criterios racionales lograr una aproximación adecuada a la realidad empírica de dichos hechos”⁶, deja entrever el peso del pensamiento científico en la conformación del actual modelo de enjuiciamiento penal⁷. Esta influencia resulta especialmente evidente en los sectores dogmáticos favorables a la creación de estándares de valoración racional de la prueba, pero no sólo. Las exigencias científicas planteadas por la academia en relación la reflexión judicial sobre los hechos, encuentran también cabida entre la jurisprudencia, siendo muestra de ello la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Español el

la obra magna de: HART, L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.

- ⁴ Tesis según la cual el razonamiento efectuado por cualquiera que quiera conocer cuál es el derecho aplicable a un caso concreto (sea con fines puramente teóricos o con propósitos prácticos) se limita a la subsunción de unos hechos en unas normas jurídicas. Cuando tal ejercicio es realizado por el juez, podemos referirnos a dicha teoría como teoría del silogismo judicial. ITURRALDE SESMA, Victoria. Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho VIII*, n. 8, p. 239-272, 1991. p. 241.
- ⁵ A través de la Criminalística; campo del conocimiento que tiene por objeto la aplicación de técnicas de investigación propias de las ciencias naturales al ámbito material de un presunto hecho delictivo con el fin de determinar, en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia cierta, reconstruirlo o señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo (PONS, Teresa. Ciencia forense: de la teoría a la práctica. *Principia*, Temporada 3, Episodio 1, 2015).
- ⁶ TARUFFO, M. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Buenos Aires: Metropolitana, 2008. p. 73.
- ⁷ Sobre el uso procesal de la ciencia como criterio de veracidad de las decisiones judiciales puede consultarse: WRÓBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2003. p. 180 y ss.

14 de octubre de 1986, donde el órgano judicial define el ejercicio de la jurisdicción en lo tocante al juicio histórico del siguiente modo:

“[El juez] está llamado a indagar sobre hechos y averiguar su real existencia estando para ello obligado, según se ha podido decir plásticamente, a realizar no una labor de fantasía, sino una obra de elección y construcción sobre datos preexistentes (...) no ha de ser una simple probabilidad o un mero juicio de verosimilitud, sino que ese art. 741 deba entenderse referido a que la valoración del material probatorio sea la racional y lógica o, como se denomina por relevante doctrina científica, que la prueba se aprecie con «cientificidad»”.

No obstante, debe señalarse que la correlación entre pensamiento científico y reflexión judicial resulta bastante imprecisa desde una perspectiva epistemológica, así como difícilmente verificable en la práctica. Es por tanto arriesgado considerar al juez como verdadero productor de pensamiento científico⁸.

Donde la ciencia si encuentra de forma nítida un destacado lugar en el proceso, es al actuar como fuente de conocimiento sobre la realidad, pues en su vertiente aplicada genera información útil para la determinación de los hechos enjuiciados. Dicho de otro modo, el principal cometido del científico dentro de las salas de justicia pasa actualmente

⁸ Ello es así, entre otras razones debido a que: I) Frente a la amplitud de miras del científico, la libertad del juez se encuentra limitada respecto a las cuestiones que pueden ser tratadas o abordadas en el discurso de motivación. Solo dentro de los límites de la *quaestio facti* y de la *quaestio iuris* podrá el juez elaborar su discurso justificativo. Por otro lado, el producto de la actividad científica presenta vocación de universalidad, mientras que el de la actividad judicial queda necesariamente circunscrito al proceso en el que se enmarca. En este mismo sentido, las hipótesis acusatorias sobre los hechos en el proceso penal son enunciados estrictamente existenciales (no universales), que por lo tanto no pueden ser falseados (lo cual no implica que no puedan ser contradichos). En resumidas cuentas, los instrumentos de los que el sistema procesal dota al juez para la determinación de los hechos no poseen el rigor lógico-experimental sobre el que ha de sustentarse la investigación científica (ALCOCEBA GIL, J.M. *Ciencia y Proceso Penal: La prueba de ADN en el Proceso Penal Español*. Tesis doctoral Universidad Carlos III, 2016, p. 92 y ss). Sobre las diferencias epistemológicas existentes entre la función judicial y científica también puede consultarse: FERRUA, P. Epistemologia Scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni. En: DE CATALLO NEUBURGER, L (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007. p. 3-28.

por brindar información sobre lo acontecido al juez mediante la denominada prueba científica. Mediante tal mecanismo, el juzgador se sitúa frente a la ciencia en posición pasiva, recibiendo el conocimiento que esta le ofrece e integrándolo en su razonamiento probatorio. Es decir, a través de la prueba científica el juez hace suyos los postulados sobre los hechos enjuiciados que le son proporcionados por la aplicación de una determinada técnica científica al proceso. En el mismo sentido se ha pronunciado la más autorizada doctrina al enfatizar cómo “el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de pruebas científicas” viene a demostrar que “no solo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso”⁹. Es por ello que cuando se analiza el rol del juez ante la ciencia, debe tenerse en cuenta que la prueba científica constituye el principal punto de unión entre ambos, al permitir que el primero asuma como propia la interpretación que la segunda le brinda sobre los hechos efectivamente acaecidos.

La prueba científica posibilita, a fin de cuentas, que “sin necesidad de que se produzca una identidad de métodos entre el juez y el científico”, pueda darse uso por parte del juez de “instrumentos de análisis que permitan la valoración de los resultados producidos mediante métodos científicos”¹⁰. Por lo tanto, la denominada prueba científica constituye, a nivel epistemológico, el mecanismo mediante el cual se introduce en el proceso judicial la información arrojada por ciertas ciencias aplicadas -denominadas ciencias forenses- sobre los hechos sometidos a examen judicial, permitiendo así que el juez asuma como propia la interpretación que este campo del conocimiento le brinda sobre la realidad que debe enjuiciar en la medida que tal interpretación le sirva para fundamentar su decisión.

2. LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

El uso de la prueba científica se ha visto ampliamente incrementado durante las últimas décadas debido al fuerte desarrollo experimentado

⁹ TARUFFO, M. *La prueba de los Hechos*. 4ª ed. Madrid: Trotta. 2011, p. 333.

¹⁰ *Ibid.*, p. 334.

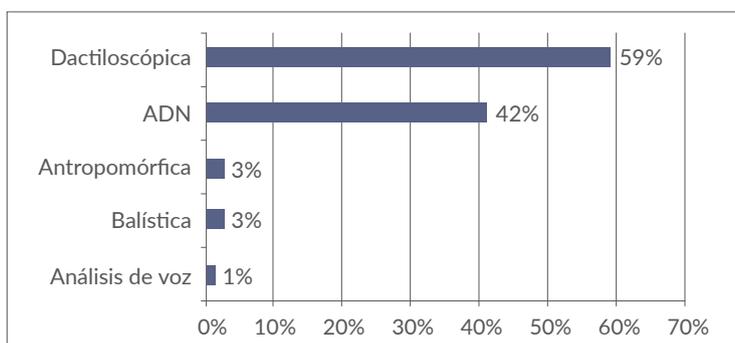
por las ciencias forenses. Piénsese en la incidencia que ha tenido en el sistema de justicia criminal la inclusión de métodos como el análisis genético o la geolocalización de personas mediante sus terminales telefónicos. Los recientes avances en ciencia y tecnología han permitido aumentar considerablemente la eficacia del sistema de justicia criminal mediante la incorporación al proceso de nuevas y más potentes técnicas de investigación. Los descubrimientos acaecidos en materias como la física, la biología o la neurología están permitiendo a los órganos encargados de la persecución del delito recabar datos relevantes para la causa que con anterioridad resultaban imposibles de conocer ya que, en muchos casos, ni siquiera se sabía de su existencia.

Junto con el incremento en su utilización, estamos asistiendo a una intensa valorización del papel de la ciencia en el marco del proceso¹¹. Así, la reflexión judicial de carácter fáctico que alude al juicio histórico de la sentencia, se entiende hoy mejor y más fundamentada cuando se sustenta en la existencia de pruebas científicas que la avalan¹². En este contexto, métodos como la identificación por ADN no solo son cada vez más utilizados, sino que además han adquirido el valor de certeza incuestionable, llegándose a equiparar por parte de la jurisprudencia con la documentación de una realidad objetiva. De este modo, la ciencia forense representa en la actualidad la principal fuente de veracidad con la que cuentan los órganos judiciales para la determinación de los hechos.

¹¹ En este sentido señala Vazquez-Rojas como “es común, aunque quizá cada vez menos, la idea de que aquello que se califica como científico o toda afirmación aplicable al caso hecha en el ámbito científico es particularmente eficaz para determinar con *certeza* los hechos del caso.” (VAZQUEZ-ROJAS, C. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, v. 24, n. 1, 2014, p. 66).

¹² En este sentido, tal y como señala Gascón Abellán, es un sentir general el hecho de que “la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un áurea de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*. 2010. [en línea]. Universidad de Castilla-La Mancha [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2017]. Disponible en: <<http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf>>. Acceso en: 11 ene. 2018).

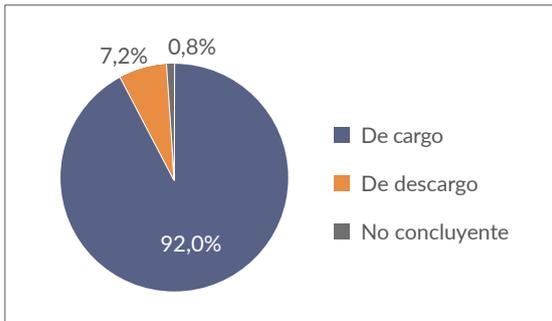
En esta línea se expresan los resultados obtenidos por la investigación llevada a cabo en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la dirección de la Prof. Helena Soletto Muñoz a raíz del proyecto de investigación “La convicción del tribunal en la identificación del imputado: prueba científica versus prueba testifical” cuyo objetivo ha sido comprobar la realidad empírica actual en materia de uso y consideración de la prueba científica en el proceso penal¹³. Según el estudio, en 275 de las 994 sentencias analizadas se realizó alguna prueba científica, esto es, en el 27,7 % de los casos analizados. Para estos casos, la prueba que más se utilizó fue la dactiloscópica (59 %), seguida de la prueba de ADN (42 %).



De todos aquellos casos donde se practicó la prueba de ADN, el 86,2 % dio lugar a sentencias condenatorias. En los 275 casos en que se

¹³ En el marco de este proyecto se ha realizado un amplio análisis jurisprudencial destinado a calcular el peso de la prueba científica en la convicción de los órganos judiciales penales a la hora de realizar el juicio histórico sobre los hechos. Concretamente se han clasificado las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid durante los años 2011, 2012, 2013 y 2014, en relación con delitos contra la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual y la salud pública. De entre la totalidad de las sentencias dictadas se seleccionaron para su categorización y posterior estudio en profundidad aquellas que recayeron sobre procedimientos donde la identidad del imputado resultaba controvertida al inicio de la investigación (994 sentencias). Ver: SOLETO MUÑOZ, H. *Garantías y errores en la investigación: prueba científica versus memoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

utilizó alguna prueba científica, esta fue de cargo en el 92 % de las veces, mientras que fue de descargo en el 7,2 % de los casos¹⁴.

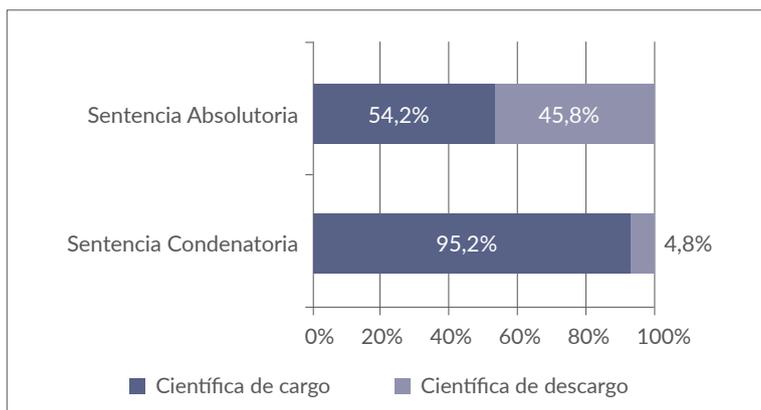


De los datos arrojados por el estudio puede inferirse que la prueba de ADN, en tanto arquetipo de la prueba científica¹⁵, resulta casi siempre de cargo, propuesta por la acusación y dirigida a acreditar la participación del acusado en el hecho delictivo. Pero sobre todo, se desprende la alta fuerza probatoria que esta presenta. De hecho, según el mencionado estudio el índice de condenas alcanzado cuando se practica

¹⁴ Sobre la relación existente entre la prueba científica de descargo y el derecho al debido proceso se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1985 a través de la sentencia que pone fin al caso *Ake v. Oklahoma*, 470 U.S. 68. Sobre las implicaciones del pronunciamiento puede consultarse: BAILEY C., *Ake v. Oklahoma and an Indigent Defendant's 'Right' to an Expert Witness: A Promise Denied or Imagined?*. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 10, n. 2, 2002, p. 401-458.

¹⁵ Así lo indica el informe publicado en 2009 por la *National Academy of Science (NAS)* de Estados Unidos, bajo del título *Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward*, según el cual el análisis genético es la única técnica forense que presenta un carácter indudablemente científico, pues no se basa en la comparación subjetiva de dos elementos de prueba, como la dactiloscopia o el examen caligráfico, sino en el cotejo de valores numéricos donde nada aporta la experiencia o parecer del perito que los realiza. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward*. Washington, D.C: The National Academies Press, 2009. Disponible en <<http://www.nap.edu/catalog/12589.html>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

esta prueba ante el órgano de enjuiciamiento es un 37,2% superior al obtenido cuando no se realiza¹⁶.



A este respecto debe advertirse que ambas características conjugadas, ser un elemento de convicción esencialmente de cargo, al que además se le atribuye una fuerza probatoria superior al resto, pueden dar lugar a la existencia de fricciones entre el uso de la prueba científica y los fundamentos acusatorios en que se inspira el modelo de proceso penal contemporáneo¹⁷. El conflicto existente entre los principios de contradicción y defensa y una concepción estatalista de la prueba científica se evidencia con mayor intensidad en sistemas como el español donde, debido su herencia inquisitorial, el principal propulsor del proceso sigue siendo la autoridad pública personificada en la figura del juez¹⁸. Es bien

¹⁶ Para mayor información sobre los resultados obtenidos a partir del citado estudio también puede consultarse: SOLETO MUÑOZ, H. Testigos y prueba científica para la identificación del acusado problemática, creencias y práctica. En: DIAZ-PICAO GIMÉNEZ, I. Derecho, *justicia, universidad: liber amicorum* de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2016, p.3033-3054.

¹⁷ En este sentido enfoca su estudio sobre prueba pericial y adversarialidad: REDMAYNE, M. *Expert Evidence and Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 213 y ss.

¹⁸ Sobre las reminiscencias del sistema inquisitorial en el modelo mixto de enjuiciamiento penal puede consultarse: GIMENO SENDRA, J. V., MORENO

sabido que, a diferencia de los anglosajones, en los países continentales y especialmente en España, el peso de impulsar el proceso penal una vez concurra y se mantenga la preceptiva acusación de parte recae en el juez, que es quien lo dirige con el claro objetivo de la averiguación de la verdad¹⁹. Consecuencia de ello es que en los países de tradición continental las instituciones auxiliares a la investigación presentan en la mayoría de los casos carácter público y en virtud de su oficialidad se encuentran estrechamente vinculadas a los operadores jurídicos integrantes del poder estatal²⁰. Bajo tal configuración del proceso, la prueba científica pasa a concebirse en la mayoría de los casos como producto de la investigación dirigida por el juez de instrucción y ejecutada por la policía judicial²¹, hecho que responde a la realidad práctica, pero no a la naturaleza jurídica de la misma en tanto prueba pericial²². En sistemas como el español, técnicas de investigación y prueba como el ADN o la dactiloscopia, poseen un claro carácter “oficial”, al ser introducidos siempre en el proceso por

CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1999, p. 45 y ss.

- ¹⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse: TARUFFO, M. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, 2006, p. 249 y ss.
- ²⁰ Sobre las diferencias existentes entre los sistemas de common law y civil law en relación con la producción e introducción de la prueba científica en el proceso penal, puede consultarse en general: VAN KAMPEN, P. T. C. *Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Legal System*. Cambridge: Intersentia, 1998.
- ²¹ Con ello no se pretende omitir la relevancia del uso de la prueba científica en el resto de las órdenes así como el hecho en que tales ordenes esta suele ser traída al proceso por las partes, sino que se expone la realidad de que en el seno del proceso penal español, francés, italiano etc. la concurrencia de la prueba científica en la fase oral o de enjuiciamiento es, en la inmensa mayoría de los casos, producto de la anterior práctica de diligencias de investigación llevadas a cabo o a instancias del juez instructor.
- ²² En España, la práctica totalidad de análisis genéticos que son introducidos como prueba son realizados por instituciones oficiales como: i) el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ii) los laboratorios de criminalística pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía y a la Guardia Civil. A este respecto puede consultarse: ALCOCEBA GIL, J.M. *Ciencia y Proceso Penal: La prueba de ADN en el Proceso Penal Español*. Tesis doctoral Universidad Carlos III, 2016.

mano de la policía científica-judicial²³. Así, las reminiscencias inquisitoriales presentes en el modelo continental de proceso penal, donde la actividad investigadora se entremezcla con la jurisdiccional, junto con el alto concepto que en el continente europeo se tiene (o tenía) respecto a la fiabilidad de lo público, parecen haber favorecido el monopolio absoluto de las instituciones oficiales encargadas de la investigación penal en la producción y aportación de la prueba científica²⁴.

Más allá de la problemática señalada, tanto la especial consideración que se le otorga a la prueba científica como su creciente uso, evidencian el destacado papel que actualmente desempeña la ciencia en la reflexión judicial. Sin embargo, la legislación vigente no contiene definición alguna que permita identificar qué pruebas merecen el calificativo de científicas y cuáles no. Tampoco en la jurisprudencia española, europea o latinoamericana puede encontrarse alusión a los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la científicidad de las pruebas. Puede decirse entonces que pese a la ascendente consideración que este tipo de evidencias recibe por parte de la judicatura y de la opinión pública, su naturaleza teórica ha sido ignorada por la mayoría de operadores jurídicos, quienes hasta la fecha no han reconocido esta

²³ Debe tenerse en cuenta que debido a una interpretación extensiva por parte de la jurisprudencia del artículo 20 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, de Policía Judicial, -mediante el cual la Policía Científica, desde el inicio de sus actuaciones, ya sea una vez incoado el procedimiento o en la fase preprocesal, genera actos de investigación que pueden constituirse como prueba de cargo en base a su difícil o imposible reproducción, tales como la toma de vestigios o muestras (ver artículos 282 y 785 LECrim)- la distinción conceptual entre actos de investigación y prueba, en la práctica de la prueba científica, se ha visto diluido hasta el punto de llegar a confundirse los unos con los otros en la llamada prueba documental científica. Véase: SSTS 10-6-1999 (5151082 Tol), 16-7-2001 (4976517 Tol) y 3-12-2002 (240858 Tol)

²⁴ A este respecto puede consultarse DOLZ LAGO, M. J. La aportación de la policía científica al proceso penal. En: DOLZ LAGO, M. J. (dir.), FIGUEROA NAVARRO, C. (coord.). *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer, 2012, p. 35 y ss, donde se aborda de forma extendida y minuciosa la gran aportación que históricamente la policía científica ha realizado al proceso penal a través de todas sus investigaciones, sobresaliendo el enorme incremento de su capacidad a partir de las últimas dos décadas gracias al gran desarrollo de la técnica científica, idea que confirma el papel principal de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ámbito de la prueba científica.

modalidad probatoria como tipología o categoría diferenciable del resto de las pruebas, sirviéndose de ella en la práctica sin delimitar legal o jurisprudencialmente los rasgos que le son propios. La principal causa de esta omisión legislativa parece tener origen en la inexistencia de un concepto jurídico de ciencia, aparentemente necesario para establecer los límites con que trazar la forma y contenido de la prueba científica.

3. LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE PRUEBA CIENTÍFICA

En lo que a la prueba científica se refiere, la única preocupación del legislador iberoamericano hasta la fecha parece ha sido la de dotar de regulación concreta –que no siempre y casi nunca suficientemente– a cada una de las nuevas modalidades probatorias generadas a partir del desarrollo de la ciencia forense, sin pronunciarse en ningún caso sobre la naturaleza común a todas ellas en tanto tipología probatoria²⁵.

Así, el legislador español, por ejemplo, ha optado por, a partir de la regulación preexistente en materia de prueba pericial²⁶, ir paulatinamente introduciendo en el ordenamiento los diferentes remiendos legislativos que la situación requería, siempre destinados a dar cobertura normativa, más o menos improvisada, a las nuevas prácticas policiales que los recientes medios de investigación exigen²⁷. Tal es el caso de la modificación de los artículos 326 y 362 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 en relación con la recogida de huellas y vestigios biológicos por parte de la policía judicial, con el fin de proceder a su análisis genético. O cuestionable modificación del artículo 788.2 LECrim operada por la disposición adicional tercera de la

²⁵ Así podemos encontrar regulaciones, más o menos detalladas, como la del análisis genético o el análisis de sustancias estupefacientes, pero siempre de forma fragmentaria.

²⁶ Medio probatorio regulado en los arts. 456 a 485 Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

²⁷ Sobre la regulación de la prueba científica como prueba pericial em el contexto internacional puede consultarse: BACHMAIER WINTER, Lorena. Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania. *Jueces para la Democracia*, n. 66, p. 118-137, nov. 2009.

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre²⁸ -en referencia al procedimiento abreviado- y que otorga en su segundo párrafo el carácter de prueba científica documental a los informes emitidos por laboratorios oficiales en materia de *naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes*.

Ambas modificaciones legislativas, independientemente de su contenido, son ejemplo de la fragmentariedad que ha caracterizado la política seguida por el legislador español en materia de diligencias de investigación y pruebas científicas. Esta deficiente metodología se ha pretendido corregir, aunque muy parcialmente, en el anteproyecto de LECrim de 2011²⁹ y el borrador de Código Procesal Penal 2013³⁰. Ambos

²⁸ No relativa a la modificación de la LECrim., sino del Código Penal y del Código Civil en materia de sustracción de menores (BOE del 11 de diciembre de 2002). En cuanto a la forma en que la LECrim ha sido modificada por esta norma: LÓPEZ CASTILLO, M.; DÍAZ CABIALEZ, J. A. La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788. 2. II LECR. *Jueces para la Democracia*, n.º 46, p. 70-71, 2003. “No se ha producido el merecido debate parlamentario que merece una innovación de este calado. Se ha tratado de una introducción sorpresiva, a través de una enmienda en el Senado, en una ley que no tiene nada que ver con la reforma del proceso penal. Ciertamente la sustracción de menores no justifica la reforma de la LECrim, la LOPJ y la LORPM, porque no tiene nada que ver ni con la prueba documental en el Proceso penal, ni con los jueces en expectativa de destino, los requisitos para acceder a la condición de magistrado, ni con la supresión de la disposición transitoria única de la LO 9/2000 de medidas urgentes para agilizar la Administración de Justicia, ni tampoco con los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años. Por ello, buscar una referencia a estas cuestiones, en la exposición de motivos de la LO 9/2002 es una evidente pérdida de tiempo”. Y en cuanto a su ubicación: “La conversión de la prueba pericial en documental se anticipó inconscientemente, de suerte que su ubicación temporal ha resultado disparatada: el artículo 788 LECrim, todavía en vigor, se refiere a la asistencia letrada y a la postulación del imputado. Ni siquiera se trata de la regulación del informe pericial como acto de investigación en las diligencias previas, artículo 785.7 aún vigente y futuro artículo 778 LECrim”.

²⁹ Aprobado en julio de 2011 en Consejo de Ministros y decaído por la convocatoria de elecciones generales anticipadas el 20 de noviembre de ese mismo año. Se trata del único texto íntegro alternativo a la LECrim de 1882 que ha contado con la aprobación del Consejo de Ministros. La normativa contenida en el mismo en relación con la prueba científica y sobre todo con la prueba basada en el análisis de ADN ha sido la más detallada que se ha tratado de incluir en la LECrim hasta el momento.

³⁰ Realizado por la Comisión institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, para la elaboración de propuestas de textos articulados de Ley de Enjuiciamiento Criminal. El texto articulado no pasó de ser una mera propuesta presentada ante el ministerio de justicia el 25 de

textos normativos, que fueron finalmente desechados previamente a su presentación ante las cámaras, pretendían, a partir de una cierta sistemática, dotar de una regulación concreta y cohesionada a técnicas como la prueba de ADN o el análisis de sustancias, reconociendo, por tanto, ciertas especificidades en su práctica y ratificación ante el plenario.

Ante el silencio normativo existente en la materia, será la jurisprudencia norteamericana quien afronte por primera vez la difícil tarea de dotar de significado al concepto jurídico de ciencia aplicable en el marco del proceso judicial y la actividad probatoria. Tal labor se realizó mediante la formulación de ciertos estándares destinados a servir como instrumento conceptual para identificar qué técnicas de investigación y prueba presentan una base científica y cuáles deben ser rechazadas por carecer del suficiente rigor. Debe entenderse, por tanto, que el modelo de ciencia construido por la judicatura es el producto de la delimitación en sentido negativo llevada a cabo por los estándares contenidos en ciertas resoluciones judiciales donde se examina la admisibilidad de la prueba científica.

El artífice de tales estándares ha sido concretamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien a lo largo del siglo XX dictó cuatro importantes sentencias donde se establecían los criterios que los órganos judiciales de dicho país debían tener en cuenta a la hora de admitir el *expert testimony* de base científica. Estos pronunciamientos son los atinentes a: (I) el caso *Frye c. Estados Unidos* de 1923³¹, (II) el caso *Daubert, et al. c. Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993³², (III) caso *Joiner v. General Electric* de 1997³³ y (IV) caso *Kumho Tire Co, Ltd. c. Carmichael* de 1999³⁴.

febrero de 2013. Fue abandonado a su suerte previamente a ser informado ante el Consejo de Ministros, por lo que, como en el caso del Anteproyecto de 2011, nunca se llegó a iniciar su tramitación parlamentaria.

³¹ Sentencia *FRYE c. UNITED STATES*. N.º. 3968. Disponible en: <http://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf>. Acceso en: 11 ene. 2018.

³² Sentencia *DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC.* N.º 92–102. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

³³ Sentencia *GENERAL ELECTRIC CO. et al. c. JOINER et ux*. N.º. 96–188. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-188.ZS.html>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

³⁴ Sentencia *KUMHO TIRE CO., LTD., et al. c. CARMICHAEL et al.* N.º. 97–1709 Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1709.ZS.html>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

3.1. EL TEST FRYE DE ACEPTABILIDAD GENERAL

El primero de los referidos pronunciamientos tuvo lugar con motivo del enjuiciamiento de James Alphonse Frye, quien fue acusado en 1920 de homicidio y sometido durante la investigación de la causa al polígrafo. Los resultados arrojados por esta técnica de investigación confirmaron la versión del investigado, que sostenía su inocencia. Sin embargo, en primera instancia la Corte de Distrito no admitió el *expert testimony* de los peritos que efectuaron la prueba, pues el detector de mentira se fundaba en planteamientos que por entonces no gozaban del “reconocimiento científico suficiente entre los entendidos de fisiología y psicología”³⁵. Tal argumentación fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1923 mediante la referida sentencia, que sentaría el primer precedente en materia de científicidad de la prueba, vigente hasta la década de los noventa. De acuerdo con *Frye* el *expert testimony* requiere, para poder ser admitido en juicio, la superación de un “test de aceptación general” según el cual la disciplina aplicada por el experto debe contar con un cierto nivel de reconocimiento entre la comunidad científica de referencia. En virtud de éste “test de científicidad”, una prueba científica puede ser admitida en la medida que la teoría en que se fundamenta la técnica utilizada por el experto sea aceptada por la generalidad de operadores pertenecientes al ámbito del conocimiento al que corresponde. En este sentido, el estándar *Frye* llegó a ser conocido como el “test de la aceptación general”. Nótese que mediante el mismo se adopta un modelo epistemológico de ciencia basado en el consenso de los “especialistas” sobre los fundamentos de cada concreta práctica, encomendándose así a los científicos la función de establecer qué es y qué no es ciencia.

El estándar de aceptación general comenzará a resultar problemático a partir de la década de los 70, ya que, debido a la naturaleza conservadora del mismo, su aplicación dificultaba la inclusión las técnicas

³⁵ En su redacción original: “We think the systolic blood pressure deception test has not yet gained such standing and scientific recognition among physiological and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from the discovery, development, and experiments thus far made”.

que debido a su novedad y no necesariamente falta de fiabilidad, aún no habían sido abaladas por la comunidad científica³⁶.

3.2. LA TRILOGÍA DAUBERT

Como segundo y principal hito se encuentra la sentencia que resolvió el caso *Daubert, et al. c. Merrell Dow Pharmaceuticals* en 1993. La resolución dirime la controversia suscitada a raíz de los posibles efectos nocivos del medicamento Bendectin sobre las mujeres embarazadas. Mediante su dictado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América retomaría la cuestión de la cientificidad de la prueba setenta años después del primer pronunciamiento existente sobre la materia –Frye–, para establecer ciertos criterios de carácter valorativo preconizables de la metodología mediante la cual ésta ha sido producida, de tal manera que en ausencia de ellos esta no debiera ser considerada como científica³⁷.

Estos criterios, que en su conjunto conforman el denominado estándar Daubert, resultan ser: i) La corroborabilidad empírica y falseabilidad de la teoría científica en que se sustenta su producción; ii) La posibilidad de determinar el porcentaje de error relativo a la técnica empleada; iii) La existencia de un control ejercido por otros expertos; *peer review* sobre la disciplina en cuestión; iv) La existencia de consenso general de la comunidad científica acerca de la validez de los planteamientos sobre los que se asienta; v) La necesidad de que exista una conexión directa entre la prueba y los hechos de los que trata el caso concreto.

Como puede apreciarse los criterios enumerados en la citada sentencia son dispares, resultando especialmente relevantes en su conjunto,

³⁶ APPAZOV, A. *Expert Evidence and International Criminal Justice*. Switzerland: Springer, 2016, p. 127.

³⁷ Dos madres que habían tenido hijos con malformaciones congénitas y las atribuían a la ingestión durante el embarazo de Bendectin demandaron a la compañía farmacéutica que produjo el medicamento. Tanto las demandantes como la compañía farmacéutica “Merrell Dow Pharmaceuticals”, presentaron peritos que basaban sus opiniones en estudios epidemiológicos. Al final de todo el complejo proceso judicial el Tribunal Supremo de Estados Unidos desestimó el testimonio de los peritos de las demandantes. GUTHEIL, T G., y BURSZTAJN, H J. Attorney Abuses of Daubert Hearings: Junk Science, Junk Law, or Just Plain Obstruction? *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 33, n. 2, 2005. p. 150-152.

ya que suponen el primer estándar de cientificidad jurisprudencialmente establecido. De hecho, la importancia de los criterios sobre cientificidad de la prueba establecidos en la sentencia Daubert fue tal, que dio origen a la transformación del régimen jurídico aplicable a las pruebas periciales en el ordenamiento estadounidense. Transformación articulada a través de la modificación que un año después de ser dictada se llevaría a cabo sobre la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*³⁸. Mediante la referida modificación, sin llegar a asumirse literalmente el estándar enunciado en Daubert, se introdujo un nuevo criterio de admisibilidad de la prueba científica que restringía la práctica del *expert testimony*³⁹ a los supuestos en que su aportación se pudiera “fundamentar en hechos o datos suficientes, fuera el producto de principios y métodos fiables y el experto hubiera aplicado válidamente estos principios y métodos a los hechos del caso específico”⁴⁰.

Esta modificación operada en las *Federal Rules of Evidence*, al igual que otras muchas que han tenido lugar en ordenamientos distintos al norteamericano, es una muestra de cómo mediante la profundización llevada a cabo por el Tribunal Supremo estadounidense en el concepto jurídico de ciencia, se han podido generar pautas a partir de las cuales resulte posible evaluar la admisión de toda prueba con visos de considerarse científica⁴¹.

³⁸ Aprobadas en 1975 para ser aplicadas como criterios de admisión de la prueba en la jurisdicción federal, para un análisis pormenorizado: MUELLER, C. B.; KIRKPATRICK, L. C. *Federal Rules of Evidence*. Nueva York: Marcial Pons, 2005.

³⁹ Figura procesal que encontraría su equivalencia en las pruebas periciales científicas contempladas por nuestra LECrim en los artículos 769 a 772, 777 y 778, en la fase de instrucción del procedimiento abreviado, en los arts. 723 a 725 en el plenario del procedimiento ordinario y art. 788.2 en el procedimiento abreviado.

⁴⁰ TARUFFO, M. La prueba científica, ob. cit. p. 283.

⁴¹ Consultar informe: NAS 2009, Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward (Committee on identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, Marzo 2009); CHAMPOD, C. y VUILLE, J. *Prueba científica en Europa. Admisibilidad, apreciación e igualdad de armas*. Estrasburgo: Cdpc/docs 2010/cdpc (2010) 10-f.; BERGER, M. A. The Admissibility of Expert Testimony. Em: COMMITTEE ON SCIENCE, TECHNOLOGY, AND LAW POLICY AND GLOBAL AFFAIRS. *Reference Manual on Scientific Evidence*. Washington D.C: The National Academy, 2011, p. 11-36

Cuatro años después de que el Juez Blackmun enunciara los criterios que integran el estándar *Daubert* en relación con el *expert testimony* prestado en el marco del proceso penal, el Tribunal Supremo norteamericano amplió su ámbito de aplicación a todo tipo de pericias por medio de la sentencia que resuelve el caso *Joiner c. General Electric*. Mediante el citado pronunciamiento no se introduce modificación alguna en el estándar establecido con anterioridad por el mismo Tribunal, sino que se habilita a los órganos judiciales que conocen en vía de recurso para volver a valorar la cientificidad de las pruebas científicas admitidas en primera instancia mediante la aplicación de los criterios *Daubert*. Esta posibilidad encuentra su justificación en la necesidad de establecer mecanismos para evitar el abuso en la discreción del juez de instancia, siendo uno de ellos aquel que permite al tribunal jerárquicamente superior evaluar si la admisión de la prueba científica ha sido suficientemente fundamentada y dicha fundamentación es acorde con la razonabilidad, la lógica y las particularidades que el caso concreto presenta⁴².

La última de las sentencias que conforma la denominada “trilogía *Daubert*” se refiere al caso *Kumho Tire Co., Ltd. c. Carmichael*, en el marco del cual se vuelve a extender el ámbito de aplicación de los criterios enunciados en 1993. Esta vez respecto de todo tipo de peritaje. El caso *Kumho*, sirvió al Tribunal para establecer la necesidad de que toda pericia, independientemente de la calidad científica del método en que se basa, sea sometida a examen según los criterios *Daubert*, siempre y cuando estos resulten aplicables en función de la lógica y el sentido común. En este sentido, el referido pronunciamiento hace hincapié en que el órgano judicial debe obrar como *gate keeper* no solo cuando la prueba pericial es científica, sino en todo caso, valorando la admisibilidad de la misma en virtud de las características particulares que ésta y la investigación en su conjunto presentan⁴³.

⁴² En este sentido la sentencia señala como: “Abuse of discretion—the standard ordinarily applicable to review of evidentiary rulings—is the proper standard by which to review a district court’s decision to admit or exclude expert scientific evidence”.

⁴³ Para mayor ahondamiento en el impacto que tuvo la trilogía *Daubert* en el ordenamiento estadounidense y por extensión en el ámbito internacional, puede consultarse. SIMONS PINO, A. La prueba científica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 18, n. 3, 2017. p. 11-12.

3.3. LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ

En clara conexión con los criterios *Daubert*, la jurisprudencia canadiense también desarrollaría en 1994 su propio estándar de cientificidad a partir del caso *R. c. Mohan*⁴⁴. Estándar que se vería a su vez complementado por lo dispuesto en los pronunciamientos atinentes a los casos *R. c. J.-L.J.*⁴⁵ de 2000 y *R. c. Trochym* de 2007⁴⁶.

Mediante la primera de las referidas sentencias, el Alto Tribunal canadiense se limitó a establecer los siguientes requisitos de cara a la admisión del *expert testimony*: a) Que la evidencia sea relevante, b) que exista necesidad de asistir al juzgador de los hechos, c) que no exista una regla que la excluya y d) que el testimonio o ratificación pericial sea realizado por un experto cualificado. La segunda resolución exige, adicionalmente a lo previamente expuesto, la necesidad de que la ciencia o técnica deba estar fundada en planteamientos fiables, fidedignos, lo cual implica que: a) La teoría o técnica puedan y hayan sido puestas a prueba, b) la teoría o técnica hayan sido sujetas a revisión de la comunidad científica, a través de su publicación, c) se conozca el margen de error potencial o la existencia de estándares al respecto y d) la teoría sea generalmente aceptada.

El tercero de los pronunciamientos citados, matiza que no toda ciencia o técnica debe ser motivo de escrutinio previo a su admisión, pues en algunos casos, la ciencia goza de tal aceptación y reconocimiento general que los jueces pueden validar su uso sin someterla a los estándares de referencia. No obstante, el órgano judicial recuerda como el criterio sobre la fiabilidad de una determinada ciencia o técnica puede cambiar con el transcurso del tiempo, conforme avanzan los conocimientos con que se cuenta en relación con la ciencia o técnica de que se trate⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia *R. v. Mohan*, de 5 de mayo de 1994, 2 SCR 9, n° 23063. Disponible en: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1131/index.do>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

⁴⁵ Sentencia *R. v. J.-L.J.* de 9 de noviembre de 2000, 2 SCR 600, n° 26830. Disponible en: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1815/index.do>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

⁴⁶ Sentencia *R. v. Trochym*, de 1 de febrero de 2007, 1 SCR 239, n° 30717. Disponible en: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2341/index.do>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

⁴⁷ En este sentido, puede consultarse GOSLINGA REMÍREZ, L. Derecho, ciencia, y tecnología en la Suprema Corte Canadiense: Estándares para la

De entre las resoluciones citadas hasta el momento, solo en el caso *Daubert, et al. c. Merrell Dow Pharmaceuticals* parece establecerse un verdadero estándar de cientificidad de la prueba, pues la resolución precedente (caso *Frye c. Estados Unidos*) acoge sin más detalle la aceptación general del método aplicado por parte de la comunidad científica⁴⁸, mientras que los dos pronunciamientos posteriores a ésta (casos *Joiner v. General Electric* y *Kumho Tire Co., Ltd. c. Carmichael*) introducen meras matizaciones en relación al ámbito de aplicación de los criterios enunciados en 1993 y las circunstancias concretas de cada caso. Por su parte, la jurisprudencia canadiense abraza los principales elementos presentes en la línea previamente establecida por la doctrina jurisprudencial estadounidense, sin introducir modificaciones reseñables en los mismos más allá de insistir en la necesidad de valorar la pertinencia de la prueba previamente a proceder al examen de su cientificidad.

3.4. EL INFORME DEL PCAST AL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

El hito más reciente en la conformación de estándares de cientificidad de la prueba penal lo constituye un informe elaborado por el *President's Council of Advisors on Science and Technology* de la Casa Blanca bajo el título *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*.

El documento, publicado en septiembre de 2016, realiza un exhaustivo análisis comparado de las diferentes tecnologías forenses actualmente aceptadas como prueba ante los tribunales penales del país⁴⁹. Sus principales objetivos son, según se indica en el propio texto, clarificar los estándares científicos de validez y fiabilidad aplicables a los

admisión de evidencia científica y técnica. *Scjn.gob*, 2008. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/77/Becarios_077.pdf>. Acceso en: 11 ene. 2018.

⁴⁸ Lo cual, más que un estándar, constituye una delegación total del órgano judicial en la comunidad científica a la hora de establecer la cientificidad de las pruebas.

⁴⁹ EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY. *Report to the president, Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*. Washington, D.C: PCAST Working Group, 2016 [en línea] Disponible en: <<https://www.whitehouse.gov/ostp/pcast>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

métodos forenses utilizados en los tribunales penales, así como evaluar métodos forenses específicos para determinar si son científicamente sólidos como para ser válidos y fiables. Para la consecución de tales objetivos se establecen dos nuevos criterios que todo método forense debe satisfacer a la hora de considerar su admisión: a) Validez Fundacional y b) Validez aplicacional.

La Validez Fundacional del método se entiende conferida por la existencia de estudios sobre su corroboración empírica. El estudio debe, a su vez: demostrar que el método es repetible y reproducible; proporcionar una estimación válida de su precisión (permitir el cálculo de la ratio de error). Además de alcanzar un resultado positivo en los términos expuestos, tales estudios habrán de ser realizados por múltiples grupos de investigación bajo condiciones similares a aquellas en las que está destinado a usarse en método forense. A este respecto, debe distinguirse entre la validez fundacional de los métodos objetivos –donde la opinión u especialización del perito no influyen en el resultado de la pericia-, de los métodos subjetivos –influidos por el criterio y experiencia del operador-. Para los primeros, la validez fundacional puede establecerse en relación con la medición de su precisión, reproductibilidad y consistencia expresadas en términos numéricos y por lo tanto la valoración es estadística. En el caso de los segundos, habrá de recurrirse al método “Black box studies” o doble ciego para determinar su ratio de error. Si no fuera posible establecer la ratio de acierto y error del concreto método forense, se entiende que este debe ser inadmitido como prueba. En este sentido el PCAST entiende que sin una apropiada estimación de la precisión del método, el dictamen del experto que establece la similitud o igualdad entre dos muestras carece de valor probatorio y debe ser considerado como potencialmente prejuicioso.

En cuanto la validez aplicacional o en la aplicación, el informe establece que el perito debe haber demostrado ser capaz de aplicar fiablemente el método. Especialmente en métodos subjetivos donde el juicio humano cumple un rol central. Se entiende igualmente que la habilidad en la aplicación del método de forma fiable solo puede ser demostrada a través de exámenes empíricos que midan el acierto del perito en relación con sus respuestas correctas. Los resultados de los exámenes deben ser accesibles para el resto de la comunidad científica.

Por último, cabe señalar que el documento también alude a la forma y contenido de los informes periciales de carácter científico, estableciendo como requisitos exigibles a los mismos que: i) las aserciones plasmadas en los informes periciales sobre la fuerza probatoria de la identificación deben ser científicamente válidas y; ii) en el informe se incluya la ratio de error y falsos positivos que arrojen los estudios sobre la validez fundacional del método. Todo ello con el propósito general de que el perito no vaya en ningún caso más allá en sus conclusiones de lo que permitan las evidencias empíricas y la correcta aplicación de los principios estadísticos.⁵⁰

Como puede observarse, los criterios de validez enunciados por el Comité de Asesores no distan demasiado de los establecidos por la jurisprudencia, siendo especialmente coincidentes en el contenido con los dos primeros criterios definidos ya en Daubert; corroborabilidad empírica de la teoría y control en la aplicabilidad del método.

CONSIDERACIONES FINALES

La práctica judicial penal obliga, cada vez con más frecuencia, a recurrir a fuentes de conocimiento de carácter científico que, además de resultar necesarias para resolver todos aquellos litigios cuyo objeto se encuentra estrechamente vinculado a la tecnología y la realidad científica, son concebidas en la actualidad como merecedoras de una mayor confianza que otro tipo de fuentes de conocimiento.

En este contexto se hace imprescindible de cara a la correcta regulación del proceso penal contar si no con una definición cerrada de ciencia, sí al menos con ciertos criterios que permitan discernir entre aquellas pruebas que merecen el calificativo de científicas y aquellas que no. Es decir, las actuales circunstancias que rodean al proceso penal obligan a abordar el problema de la demarcación desde la dogmática procesal, lo que supone integrar el estudio de los límites del conocimiento científico en el seno de la teoría general de la prueba.

Sin embargo, el derecho procesal se encuentra huérfano de los instrumentos epistemológicos necesarios para desarrollar su propio concepto

⁵⁰ *Idem.*

de ciencia autónomamente, en el proceso de elaboración de los mencionados *estándares de científicidad de la prueba* la judicatura y las asociaciones científicas se ha servido de los planteamientos enunciados por distintos modelos históricos de ciencia, dando lugar a un *collage* de exigencias donde se entremezclan criterios de legitimidad o justificación de muy diferente naturaleza.

De este modo, en las citadas sentencias pueden encontrarse vinculados aspectos tales como la corroborabilidad empírica con la aquiescencia de la comunidad científica, la fundamentación lógica de la teoría con su reconocimiento social o el desarrollo experimental del método con la existencia de entidades que garanticen su calidad. Por todo ello, el concepto jurídico de ciencia construido por la jurisprudencia presenta un claro carácter heterogéneo, pues integra multiplicidad de elementos pertenecientes a distintas nociones de ciencia, enunciadas por diferentes teorías desarrolladas a lo largo de la historia desde epistemologías dispares, sin asumir íntegramente los postulados de ninguna de ellas.

No obstante, lejos de ser una contra ventaja, la ambivalencia teórica que muestra el concepto jurídico de ciencia resulta especialmente acertada si se tiene en cuenta el carácter irresoluble del problema al que pretende hacer frente. Ante un paradigma de pensamiento en constante cambio, cuyos límites resultan difusos incluso para aquellos campos del pensamiento centrados en su estudio, los tribunales han dejado de ser una institución epistemológicamente pasiva. La creación y evolución de los estándares de científicidad pone de manifiesto como el Derecho no solo recibe de la ciencia una interpretación sobre los hechos, sino que también participa activamente en el debate de la demarcación, exponiendo sus propios planteamientos sobre lo que es y no es conocimiento científico y expresando sus propias exigencias sobre las teorías y técnicas que pretenden operar como pruebas. No obstante, dada la complejidad de la cuestión parece acertado que, en este marco, el Derecho adopte una perspectiva lo más multidisciplinar posible, actualizando sus planteamientos a medida que las tendencias científicas y filosóficas cambian.

REFERENCIAS

ALCOCEBA GIL, Juan M. *Ciencia y Proceso Penal: La prueba de ADN en el Proceso Penal Español*. Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2016.

APPAZOV, A. *Expert Evidence and International Criminal Justice*. Switzerland: Springer, 2016.

BACHMAIER WINTER, L. Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania. *Jueces para la Democracia*, n. 66, p. 118-137, 2009.

BAILEY C., Ake v. Oklahoma and an Indigent Defendant's 'Right' to an Expert Witness: A Promise Denied or Imagined?, *William & Mary Bill of Rights Journal*. v. 10, n. 2, p. 401-458, 2002

BERGER, M. A. The Admissibility of Expert Testimony. Em: COMMITTEE ON SCIENCE, TECHNOLOGY, AND LAW POLICY AND GLOBAL AFFAIRS. *Reference Manual on Scientific Evidence*. Washington D.C: The National Academy, 2011, p. 11-36

COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States. A path Forward*. Washington, D.C: The National Academies Press, 2009. Disponible en: <<http://www.nap.edu/catalog/12589.html>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

DOLZ LAGO, M. J. La aportación de la policía científica al proceso penal. En: DOLZ LAGO, M. J. (dir.). FIGUEROA NAVARRO, C. (coord.). *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer, 2012.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT PRESIDENT'S COUNCIL OF ADVISORS ON SCIENCE AND TECHNOLOGY. *REPORT TO THE PRESIDENT Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*. Washington, D.C: PCAST Working Group, 2016 [en línea] Disponible en <<https://www.whitehouse.gov/ostp/pcast>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

FERRUA, P. Epistemologia Scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni. En: DE CATALLO NEUBURGER, L (org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*. 2010, [en línea]. Universidad de Castilla-La Mancha [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2017]. Disponible en: <<http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf>>. Acceso en: 11 ene. 2018.

GIMENO SENDRA, J. V., MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1999.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa. *Derecho y Salud*, vol. 16 (Extra 1), p. 59-78, 2008.

GOSLINGA REMÍREZ, Lorena. Derecho, ciencia, y tecnología en la Suprema Corte Canadiense: Estándares para la admisión de evidencia científica y técnica. 2008. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/77/Becarios_077.pdf>. Acceso en: 11 ene. 2018.

GUTHEIL, T G., y BURSZTAJN, H J. Attorney Abuses of Daubert Hearings: Junk Science, Junk Law, or Just Plain Obstruction? *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 33, n. 2, 2005.

HART, Herbert Lionel A. *El Concepto de Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968.

LÓPEZ CASTILLO, M.; DÍAZ CABIALEZ, J. A. La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788. 2. II LECr. *Jueces para la Democracia*, n.º 46, p. 70-71, 2003.

MUELLER, C. B.; KIRKPATRICK, L. C. *Federal Rules of Evidence*. Nueva York: Marcial Pons, 2005.

ITURRALDE SESMA, Victoria. Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho VIII*, n. 8, p. 239-272, 1991.

PONS, Teresa. Ciencia forense: de la teoría a la práctica. *Principia*, Temporada 3, Episodio 1, 2015.

SIMONS PINO, A. La prueba científica. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 18, n. 3, p. 04-44, 2017. <https://doi.org/10.12957/redp.2017.31690>

SOLETO MUÑOZ, H. *Garantías y errores en la investigación: prueba científica versus memoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

SOLETO MUÑOZ, H. Testigos y prueba científica para la identificación del acusado: problemática, creencias y práctica". En: DIAZ-PICAO GIMÉNEZ, I. *Derecho, justicia, universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2016, p. 3033-3054.

TARUFFO, M. *La prueba*. Artículos y Conferencias, 1ª edición, Buenos Aires: Metropolitana, 2009.

TARUFFO, M. *La prueba de los Hechos*, 4ª edición. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, M. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 29, p. 249-271, 2006. <https://doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>

VAN KAMPEN, P. T. C. *Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Legal System*. Cambridge: Intersentia, 1998.

VAZQUEZ-ROJAS, C. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, v. 24, n. 1, p. 65-73, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2014.09.001>

WRÓBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2003.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/12/2017
- Avaliação 1: 28/12/2017
- Avaliação 2: 10/01/2018
- Decisão editorial preliminar: 11/01/2018
- Retorno rodada de correções: 02/02/2018
- Decisão editorial final: 03/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.120>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista

Burden of proof of the exclusions of unlawfulness in the criminal process and the necessity to break with its civil origin

Rafael Fecury Nogueira¹

UNAMA e FIBRA – Belém/Pará

rafaelfecury@uol.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/7341684103082113>

 <https://orcid.org/0000-0001-7055-4066>

RESUMO: O presente trabalho propõe uma análise crítica do tema do ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal, aprofundando acerca do destinatário desse ônus, se acusação ou defesa. Tradicionalmente, no Brasil prevalece o entendimento jurisprudencial de que ônus da prova das excludentes de ilicitude incumbe ao acusado, numa equiparação dessas excludentes aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, próprios da matriz processual civil. A origem das teses que deram sustentação para a construção da concepção atual constituirá o mote do estudo crítico a ser empregado para se avaliar a compatibilidade da matriz civilista com as regras sobre o ônus da prova no processo penal. Para uma compreensão detida do tema, necessária a realização de um percurso histórico de aspectos dogmáticos próprios do direito processual civil e do direito penal que confluem para a presente temática, como a regra de distribuição do ônus da prova no processo civil e a evolução da teoria do crime.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; ônus da prova; excludentes de ilicitude; processo civil.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Processual Penal da Universidade da Amazônia e na Faculdade FIBRA.

ABSTRACT: *The present work proposes a critical analysis about the burden of proof of the exclusion of unlawfulness in criminal procedure, researching about the responsible for it, whether prosecution or defense. Traditionally, in Brazil, the jurisprudential orientation links the burden of proof of the exclusion of unlawfulness to the defendant. This link happens because the exclusion of liability's cases is equated to the civil theory about impeding, modifying or extinguishing rights facts. The following study is focused in the origin of the theses that allowed the construction of the current conception. This method enables to compare the civil and the criminal rules concerning to the burden of proof. For a detailed understanding of the subject, it is necessary to carry out a historical course of dogmatic aspects specific to civil procedural law and criminal law that converge to the current theme, such as the rule of distribution of the burden of proof in the civil procedure and the evolution of crime's theory.*

KEYWORDS: *Criminal procedure; burden of proof; exclusion of unlawfulness; civil procedure.*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Ônus da prova; 2.1. O ônus da prova objetivo e o ônus da prova subjetivo; 3. O ônus da prova na disciplina do código de processo penal; 4. Retroceder para compreender: análise das origens da regra do ônus da prova no processo penal a partir da normativa processual civil; 5. A relação entre tipicidade e ilicitude na teoria do delito; 6. O ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal; Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A redobrada importância que assume a questão do ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal brasileiro com seus significativos reflexos na decisão judicial, impõe uma revisita a algumas consagradas concepções referentes a essa temática.

A necessidade de uma análise mais acurada sobre o tema se revela a partir da indisfarçada influência que ele ainda recebe do direito processual civil, afastando-se dos postulados jurídico-penais próprios, de forma inadequada. Essa compreensão civilista sobre o ônus da prova no processo penal equipara as excludentes de ilicitude aos fatos impeditivos,

modificativos e extintivos do direito do autor, impondo o ônus de sua prova ao réu. Por isso a necessidade de se conformar o tema à sua matriz penal, indagando-se, a quem incumbe provar a ocorrência de uma causa excludente de ilicitude no processo penal?

A par da conceituação do ônus da prova e suas espécies, para a devida compreensão do tema, buscar-se-á sua origem a partir da análise do ônus da prova na disciplina originária do Código de Processo Penal, alcançando-se as bases de sua construção dogmática, a saber, a regra de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil de 1939, influenciadora da normativa processual penal. Essa análise é crucial para se constatar a consequência prática que o ônus da prova no processo civil exerce no processo penal brasileiro até hoje.

Consistindo o trabalho na análise do ônus da prova das excludentes de ilicitude, imperioso o estudo da histórica relação dogmática entre tipicidade e ilicitude (antijuridicidade), inerente à teoria do delito, para o enfrentamento mais adequado e percutiente da questão objeto do presente artigo.

Por fim, a reflexão a ser empreendida neste trabalho alcançará todos os seus consectários lógicos, como a promulgação da Lei 11.690/08, o papel das partes nesse ônus, a regra de julgamento, além da influência exercida pelo princípio da presunção de inocência como garantia fundamental refletindo, como norma probatória, diretamente no ônus probatório processual penal. Em resumo, a questão a ser aqui enfrentada revela não apenas caracteres dogmáticos atinentes ao direito processual penal, mas, sobretudo, ao direito processual civil e ao direito penal, revelando a complexidade e relevância do tema.

2. ÔNUS DA PROVA

Etimologicamente, ônus significa carga, peso, encargo ou obrigação², devendo-se transpor esse significado, nos mesmos moldes, para a prova no direito processual. Define Afrânio Silva Jardim o ônus da

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 499; Academia Brasileira de Letras. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 2^a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 923.

prova como “a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”³.

Com efeito, o ônus da prova equivale ao encargo de se carrear material probatório ao processo, *i.e.*, é a incumbência que a parte possui de provar aquilo que alega. Assim, quem possui um ônus, probatório ou não, determinado no processo, tem o peso e toda a carga sobre ele, disso decorrendo consequências jurídicas.

As regras atinentes ao ônus da prova e sua distribuição são dirigidas às partes no instante instrutório e ao juiz no momento decisório, consistindo em atributo pertencente ao processo de partes, podendo-se afirmar que, onde as partes não governam a atividade probatória, e sim o juiz, não há lugar para as convenções sobre o ônus da prova⁴.

³ JARDIM, Afrânio S. *Direito Processual Penal*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 203. Nesse sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco ao defini-lo como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. III, p. 71). Crítico do conceito de ônus, James Goldschmidt afirma que “a antítese do direito processual é carga processual, quer dizer, a necessidade de se prevenir um prejuízo processual, e, em último caso, de se obter uma sentença desfavorável, mediante a realização de um ato processual” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Trad. Leandro Farina. Leme: Fórum, 2006, p. 73). Essa concepção de Goldschmidt foi bem compreendida por Aury Lopes Júnior e Pablo Rodrigo Alflen da Silva ao exporem que “o processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances surgem ônus ou bônus. As expectativas de uma sentença favorável vão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas)” (LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 19/20, p. 35-52, 1^o e 2^o semestres. 2012, p. 40).

⁴ Nessa direção anota Cândido Rangel Dinamarco que “as regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo, e que onde se tivesse um processo puramente inquisitivo não se cogitaria do ônus probandi, nem das consequências do seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação

Claro está, portanto, que o ônus da prova possui consequências endoprocessuais, instaurando-se e esgotando-se na própria atividade processual. Isso porque, da análise de sua definição deve se distinguir o significado de dever que, por sua vez, impõe uma relação bilateral distinta do conteúdo do ônus.⁵ Ao não se observar o ônus, tem-se consequência desfavorável apenas àquele que o descumpriu, enquanto que no dever ou obrigação, a consequência de seu descumprimento transpõe-se para além daquele que o fez⁶.

Admite-se, com Michele Taruffo, que o ônus da prova opera como um recurso para se resolver a incerteza acerca da prova dos fatos⁷. Dessa maneira, o ônus da prova no processo penal corresponde ao encargo que possui o autor da acusação de demonstrar todo o conteúdo de matiz penal que afirmou ter ocorrido, impondo ao acusador, público ou privado, a confirmação do crime e de sua autoria.

2.1. O ÔNUS DA PROVA OBJETIVO E O ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO

Diante das consequências que passariam a advir para as partes da não observância do ônus a que lhe incumbira, passou-se a delimitar de forma estrita a direção desse ônus ao se estipular regras para a especificação do ônus de cada parte, prevendo as consequências do não cumprimento desse ônus. Descumprindo, portanto, as partes o ônus a que lhe incumbira, impunham-se regras de julgamento direcionadas ao juiz para solucionar o caso. Disso decorre o ônus da prova objetivo e o ônus da prova subjetivo.

O ônus da prova no processo penal, em sua feição objetiva, corresponde à delimitação de uma regra de julgamento conferida ao juiz para proferir sua decisão quando estiver diante da incerteza sobre os

das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar” (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302).

⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 14.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 143.

fatos postos. A necessidade de elaboração dessa(s) regra(s) se dá pelo dever que tem o juiz de julgar o caso, não obstante suas dúvidas acerca da causa⁸. Nesse particular, o ônus da prova tem como função permitir uma decisão sobre fatos não necessariamente provados.

Evidentemente que em caso de ausência de dúvida do julgador no momento final do processo não se fala em ônus probatório como regra de julgamento. A certeza na convicção do julgador afasta a incidência das regras de julgamento, pois, para o juiz, teria havido comportamento conforme a prova por qualquer das partes.

Bem de ver que o ônus da prova objetivo é direcionado ao julgador na fase decisória, não incumbindo às partes a necessidade de provarem o que alegam⁹, pois, nessa fase, as partes já teriam exercido a atividade probatória, restando a decisão final.

Diferentemente ocorre com a face subjetiva do ônus da prova, também denominado de direcionamento da atividade das partes¹⁰, que define a quem incumbe o ônus de provar determinado fato no processo, a dizer, diante dos fatos postos na causa cabe ao ônus da prova subjetivo direcionar a quem é dado o encargo sobre a prova.

A propósito do ônus da prova subjetivo, Gustavo Badaró¹¹ elucida que “trata-se do encargo que pesa sobre as partes de buscar as fontes de

⁸ Elucida José Carlos Barbosa Moreira que “mesmo diante de material probatório incompleto, o órgão judicial está obrigado a julgar. Essa eventualidade gera riscos para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente sobre o convencimento do juiz” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. 2ª serie. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75). Também essa a orientação de: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

⁹ Nesse sentido, Gustavo Badaró expõe que “o ônus da prova objetivo prescinde de qualquer atividade das partes, identificando-se com a regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz quando permanecer em dúvida no momento do julgamento” (BADARÓ, Gustavo H. *Ônus... cit.*, p. 178).

¹⁰ A expressão é de: BADARÓ, Gustavo H. *Ônus... cit.*, p. 181.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op cit.*, p. 181. Apesar da ampla aceitação do ônus da prova subjetivo, entende Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que “o ônus da prova é objetivo, não subjetivo, e que às partes,

prova e introduzi-las no processo, pelos meios de prova”. Aqui, por haver o direcionamento da atividade probatória, caberá à parte incumbida desse ônus o empenho para se desincumbir desse encargo, já que, caso não o faça, sofrerá, em regra, as consequências eventualmente danosas de seu insucesso.

Assim, bem definido o papel das partes no processo penal, a partir dessa definição, apontar-se-á o ônus de cada uma delas. Modernamente, a partir da Constituição Federal de 1988, que instituiu o modelo acusatório de partes no processo penal, outorgando ao Ministério Público a titularidade da pretensão acusatória, resta clara a regra sobre o ônus da prova no processo penal em sua feição subjetiva.

3. O ÔNUS DA PROVA NA DISCIPLINA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A despeito da discussão doutrinária existente no Brasil sobre a existência ou não de repartição do ônus da prova, o Código de Processo Penal dispunha no artigo 156, *caput*, em sua redação original, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, que foi mantida nos mesmos termos pela Lei nº 11.690/08, que regula a disciplina probatória.

A leitura do mencionado dispositivo sugere que à parte elaboradora de uma alegação caberá o ônus da prova de sua comprovação. Essa é a conclusão aparentemente lógica que a redação nos indica, contudo, a literalidade do aludido dispositivo legal conduz a um impasse que revela a sua insuficiência prática a partir da seguinte indagação: se o acusador afirma que o réu matou e este assevera que não o fez, a quem compete a prova dos fatos? Se o acusador assegura que o réu agiu ilícitamente e este sustenta a licitude de sua ação, qual dos dois deve provar a ilicitude do fato?¹²

A rigor, não há resposta precisa para essas indagações no Código.

Diante do entrevero que se aproximava, a doutrina estabeleceu critérios decisórios bem definidos e mais seguros, mormente, no ponto

como sujeitos da relação jurídica processual, hão de provar, inclusive, suas negações” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, tomo IV, p. 270-271).

¹² Os exemplos são de: TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I, p. 307.

relativo à distribuição desse ônus. Nessa esteira, desenvolveu-se corrente doutrinária, parcialmente mantida até hoje, que “confeccionou” a interpretação literal do artigo 156, *caput*, apontando caber ao acusador a prova da materialidade do fato e de sua autoria, enquanto que, caso a defesa sustentasse hipótese de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, a esta caberia o ônus de provar sua ocorrência por ter alegado¹³, o que foi seguido quase à unanimidade pela jurisprudência¹⁴.

Assim, teceu-se orientação firme no sentido de que à acusação caberia o ônus da prova da materialidade do fato e de sua autoria (leia-se, tipicidade do fato), cabendo à defesa o ônus da prova de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, caso alegasse.

Impõe-se, assim, uma análise crítica das teses que deram sustentação a tal construção teórica, buscando-se os fundamentos utilizados pela doutrina pós-1941 para obter a conclusão informada.

A propósito, duas correntes nortearam a orientação interpretativa do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, porquanto necessário retroceder um passo na investigação da origem do que se tem hoje para propor nova leitura sobre o tema do ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal brasileiro.

A primeira dessas correntes que orientaram a interpretação do artigo 156, *caput*, cronologicamente anterior, é oriunda do Direito Romano. Nesse modelo, em regra, a cada uma das partes incumbia a prova das

¹³ Ver por todos, na doutrina tida como clássica: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v. II, p. 346. Na doutrina recente: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 288.

¹⁴ Nesse sentido, por exemplo: Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.099-RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicado no DJe em 05.06.2009; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 888947, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, publicado no DJE em 07.05.2007; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em recentíssimo julgado, Apelação Criminal nº 0014390-69.2003.4.01.3600, Terceira Turma, Relatora Desembargadora Federal Monica Sifuentes, publicado no DJ em 24.11.2017; Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 2007.500.1011946-4, Segunda Turma Especializada, Relator Desembargador Federal André Fontes, publicado no DJU em 09.12.2008; Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 17993, Primeira Turma, Relator Johnson Di Salvo, publicado no DJF3 em 13.06.2008.

alegações que fizesse¹⁵. Nicola Malatesta sistematizou esse entendimento propondo que a distribuição do ônus da prova estipulava um critério ontológico, totalmente baseado em presunções, denominando-o de *princípio supremo* para a solução de tal problema. Partindo de um juízo de probabilidades, ao se observar que uma coisa se verifica no maior número dos casos e sendo desconhecida naquela situação particular, deve se inclinar a crê-la verificada, prestigiando aquilo que ordinariamente acontece e não o que ocorre extraordinariamente. Asseverava, assim, que “o ordinário se presume e o extraordinário se prova”¹⁶.

Subsidiariamente ao denominado *princípio supremo ontológico* do ônus da prova, Malatesta, servindo-se novamente de máximas do Direito Romano, sugere a sistematização do princípio *lógico*, o qual informa que, “na colisão de fato positivo e negativo, quem afirma o positivo deve prová-lo, com preferência a quem afirma o negativo (*probatio incumbit ei qui dicit, no qui negat*)”¹⁷.

Nesse particular, transportou-se essa orientação para o processo penal no sentido de que as presunções invertem o ônus da prova com base em um juízo de probabilidades. Exemplificando a teoria de Malatesta, quando um determinado motorista comete um crime de lesão corporal na direção de veículo automotor, a regra é que tenha sido cometido culposamente, pois, crimes de trânsito normalmente ocorrem de forma culposa e, dessa forma, caso a acusação alegue ter havido dolo, excepcional nesses casos, deverá prová-lo. Ao contrário, quando um indivíduo mata outrem se presume que o tenha feito dolosamente, incumbindo a prova da culpa ao acusado, caso alegue¹⁸.

Eis a fonte teórica para a distribuição do ônus da prova no processo penal.

A segunda corrente de sustentação da tese aventada decorre de uma análise açodada da normativa do Código de Processo Civil de 1939

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.

¹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, v. I, p. 137.

¹⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica...cit.*, p. 138.

¹⁸ TORNAGHI, Helio. *Curso...cit.*, p. 307.

e, posteriormente, do Código de Processo Civil de 1973, servindo-se da omissão do legislador processual penal para concluir que, ao autor caberia a prova do fato típico objeto da acusação e ao réu incumbiria o ônus de provar as alegações referentes aos fatos excludentes da ilicitude ou da culpabilidade¹⁹.

Catalogaram-se, assim, equivocadamente, as alegações defensivas, sobretudo, as excludentes de ilicitude e culpabilidade como espécies de fatos impeditivos, modificativos e extintivos²⁰. Definitivamente não o são, conforme se verá adiante.

4. RETROCEDER PARA COMPREENDER: ANÁLISE DAS ORIGENS DA REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL A PARTIR DA NORMATIVA PROCESSUAL CIVIL

A primeira questão merecedora de análise é a pretensão de se equiparar as alegações defensivas, especialmente as excludentes de ilicitude, a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, utilizando-se, por analogia, o artigo 209, §§ 1º, 2º, do Código de Processo Civil de 1939 e o artigo 333, I, II, do Código de Processo Civil de 1973, o qual tem influenciado significativamente a jurisprudência brasileira.

Primeiramente porque, mesmo no âmbito da doutrina processual civil, não há definição precisa dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor a serem alegados e provados pelo réu.

¹⁹ Relevante se mostra a análise de trecho do julgado do Supremo Tribunal Federal acima mencionado (HC nº 96.099-RS...cit), no qual fica claro esse entendimento: "(...) Incumbe à acusação demonstrar os fatos criminosos imputados ao acusado, cabendo a este, contudo, caso o alegue, provar eventual causa excludente de tipicidade, antijuricidade, culpabilidade ou extintiva de punibilidade. Como se sabe, a lei processual civil e penal outorga à parte o direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de demonstrar fato que alega em seu interesse. Não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego tiver sido evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza (...)"

²⁰ TORNAGHI, Helio. *Curso...cit.*, p. 308-309; NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 70.

Para que se pretendesse transpor a mencionada regra de distribuição do ônus para o campo processual penal seria imprescindível delimitar a matéria na seara própria da dogmática processual civil²¹, caso contrário, estar-se-ia forçando em demasia uma interpretação. Classicamente, Giuseppe Chiovenda²² define os fatos constitutivos do direito do autor “como os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”.

Entende-se o fato constitutivo do direito do autor como o fato que origina esse direito, fazendo com que surja para ele a prerrogativa de estar em juízo pretendendo a satisfação do direito alegado. Dessa maneira, segundo a lógica do artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973, incumbirá ao próprio autor a prova do alegado fato constitutivo desse direito, pois, não logrando tal demonstração, não terá se desincumbido de seu ônus e sofrerá as consequências com a improcedência do pleito²³. A propósito da regra do ônus da prova do fato constitutivo, a questão se encontra bem definida.

Não se diga o mesmo sobre a regra do ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, sobre os quais resultam sérias dúvidas, notadamente pela divergência doutrinária a respeito da definição desses fatos jurídicos.

De forma genérica, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor são aqueles que, na sua forma, atuam diretamente na constituição daquele alegado direito, possuindo o condão de impedir sua formação, modificá-lo ou mesmo extingui-lo. Essa generalidade fica clara no escólio de Enrico Tullio Liebman, ao sugerir que “fatos modificativos

²¹ Leciona José Frederico Marques que “na aplicação das regras expostas, as dificuldades residem em qualificar, nos casos concretos, os fatos jurídicos, ou como extintivos ou como constitutivos”. (MARQUES, José F. *Manual de Direito Processual Civil*, v. II, 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 269).

²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. Italiana de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 382. Semelhante idéia é sustentada por Vicente Greco Filho, para quem “os fatos constitutivos são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor” (GRECO FILHO, Vicente G. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. II, 16^o ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191).

²³ Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...cit.*, p. 357, e SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 344.

são os que modificam a capacidade de produzir o efeito jurídico dos fatos constitutivos; fatos extintivos seriam os que produzem a extinção do efeito causado pelo fato constitutivo; e fatos impeditivos aqueles que, quando acompanham os fatos constitutivos, valem como impedimento à produção do seu efeito normal”²⁴.

Não havendo, portanto, precisão conceitual dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da constituição do direito do autor, limita-se a doutrina, no mais das vezes, a exemplificá-los para empreender sua aplicação²⁵.

Nem mesmo a doutrina processual civil pós-2015, com o novo Código, que repetiu a regra no seu artigo 373, foi mais esclarecedora nessa definição. Assim, para Daniel Neves, “por fato impeditivo entende-se aquele de conteúdo negativo, demonstrativo da ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico como, por exemplo, a alegação de que o contratante era absolutamente incapaz quando celebrou o contrato. Fato modificativo é aquele que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre na cessão de crédito) ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na compensação parcial). Fato extintivo é o que faz cessar a relação jurídica original, como a compensação numa ação de cobrança”²⁶.

²⁴ LIEBMAN, Enrico T. *Manual de Processo Civil*. 2. ed. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 165. Também assim, v. GRECO FILHO, Vicente. *Direito...cit.*, p. 191.

²⁵ Moacyr Amaral Santos exemplifica como “fato impeditivo o réu reconhecer que negociou a venda, mas alegar que não tinha capacidade de obrigar-se; fato extintivo, reconhecer o réu que contraiu a dívida, mas que já pagou, e fato modificativo, reconhecer o réu que contraiu a dívida, mas afirmar que, por acordo, ela foi parcelada, sendo no momento tão-somente devida em parte” (SANTOS, Moacyr A. *Primeiras linhas...cit.*, p. 195). Também exemplificando, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart assinalam como fato extintivo o pagamento de uma dívida (numa ação de cobrança); como fato modificativo o parcelamento dessa dívida; e como fato impeditivo a exceção de contrato não cumprido, ou seja, que o autor não cumpriu sua obrigação decorrente do contrato (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008, vol. II, p. 135).

²⁶ NEVES, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 657. No mesmo sentido: “Afirma-se que os fatos constitutivos são aqueles que dão vida a um efeito jurídico e à expectativa de um bem por

Ademais, outro desdobramento necessário dessa temática é a linha fronteira entre a negação ou contraprova do direito constitutivo e os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, que é mínima e, por vezes, confundem-se, remetendo toda a problemática para o ônus da prova²⁷.

Assim, caso o réu, ao se defender, tire o foco da matéria embutida no direito constitutivo do autor e se dirija a fatos externos desse direito, como os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, se incumbirá de prová-los por ter trazido à discussão fato não alegado pelo autor, mas que atinge diretamente a constituição do fato.

No entanto, cumpre definir até que ponto a contraprova ou a negação do direito do autor pelo réu se enquadraria como fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito, pois, atuando o réu nos estreitos limites do fato constitutivo o ônus da prova permanece sendo do autor. Por exemplo, afirmar o réu que a dívida já se encontra quitada seria fato extintivo do direito do autor ou a própria contraprova do direito constitutivo? Está o réu alegando fato extintivo ou contestando o próprio direito constitutivo com a contraprova dos fatos alegados pelo autor, e, assim, atuando dentro do limite do direito constitutivo?

As respostas a serem dadas acarretarão consequências diretas na repartição do ônus da prova²⁸, pois, ao se enquadrar a contestação do

parte de alguém. Na mesma linha, os fatos extintivos são aqueles que fazem cessar um efeito jurídico e a consequente expectativa de um bem. Os fatos impeditivos constituem a falta de uma das circunstâncias para que concorra um fato constitutivo. Já os fatos modificativos são aqueles que pressupõem a válida constituição do direito, porém, tendem a alterá-lo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 449).

²⁷ Nesse particular destaca Giuseppe Chiovendaser “muitas vezes difícil estabelecer se um fato é um fato jurídico autônomo, ou seja, fundamento de um meio autônomo de defesa, sujeito aos ônus da prova, ou se é simples negação do fato afirmado pelo adversário, e, pois, sujeito a prova apenas quando o adversário tiver provado o fato como ele o afirma” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 380).

²⁸ Nessa linha afirma Cassio Scarpinella que “a depender do conteúdo da contestação, o próprio procedimento a ser observado pelo magistrado a partir da prática daquele ato processual poderá se alterar como, também, a atribuição do ‘ônus da prova’, isto é, a verificação sobre quem, autor ou réu, terá de provar tais e quais fatos” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I, p. 461).

fato como contraprova do direito constitutivo caberá ao autor prová-lo, enquanto que, se for definido como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, transfere-se toda a carga da prova ao réu, sofrendo este as consequências da ausência de prova suficiente.

Nesse particular, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart estabelecem que “há contraprova quando o réu contesta o fato constitutivo e requer prova em relação a ele. A contraprova não é apenas a que objetiva invalidar formalmente a prova do fato constitutivo, como a que visa demonstrar a falsidade do documento que aponta para o fato constitutivo. A contraprova diz respeito ao próprio fato constitutivo e não apenas à sua prova”.²⁹ De sua vez, Cândido Rangel Dinamarco leciona que “a afirmação contrária, feita pelo réu em contestação, poderá consistir simplesmente em negar o fato, sem propor outra versão; ou em propor outra versão dos fatos, diferente daquela sustentada pelo autor; ou ainda em desenvolver argumentos lógicos destinados a demonstrar que os fatos não poderiam, ou dificilmente poderiam ter acontecido conforme descritos na petição inicial. Substancialmente, em qualquer destas hipóteses o réu está a negar o fato constitutivo alegado pelo autor, e daí o ônus probatório lançado sobre este (art. 333, I)”³⁰.

Finalmente, Giuseppe Chiovenda sustenta que “a simples negação dos fatos afirmados pela outra parte não impõe qualquer ônus da prova. Mesmo em caso de negação indireta, isto é, de afirmação de um fato incompatível com o alegado pelo autor, não tem o réu, para o momento, de provar o fato que ele alega; porquanto, se bem afirme um fato autônomo, o faz para negar o fato constitutivo do direito do autor, e não apenas para opor-se a seus efeitos jurídicos”.³¹

Com isso, a mera reação à pretensão não conduz automaticamente ao seu enquadramento como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Limitando-se o réu a negar o fato constitutivo ou afirmar que tenha ocorrido de forma diversa do alegado pelo autor haverá a contraprova daquele fato, mantendo-se, a rigor, o ônus da prova do

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso...cit.*, p. 269.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...cit.*, p. 464. Também nessa linha: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual...cit.*, p. 168.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...cit.*, p. 380.

autor. Sustenta-se, então, que, quando se estiver trabalhando no âmbito dos fatos alegados pelo autor e discutindo em torno desses fatos, haverá contraprova. Vê-se, portanto, que o foco da discussão está cingido aos contornos do contexto fático colacionado pelo autor³².

Diferentemente ocorre quando o réu, ao contestar o fato constitutivo, afirma algo capaz de impedir que esse fato produza os seus efeitos ou fatos que impliquem a modificação ou a extinção do direito. Nesse caso, não há apenas contraprova pela simples razão de que não houve apenas contestação ao fato constitutivo³³. A rigor, há fuga do contexto fático inicial, adentrando-se fatos outros com plena capacidade jurídica para exercer sobre o fato constitutivo impedimento, extinção ou modificação.

A despeito de toda a sorte de discussão existente sobre esse ponto específico da doutrina processual civil, ressalte-se a inadequação da aplicação da regra inserta no Código de Processo Civil para o ônus da prova no processo penal, pois, a distinção entre fato constitutivo e fatos impeditivos, modificativos e extintivos no âmbito processual civil em nada se assemelha ao ônus da acusação em provar a tipicidade e autoria do fato e à defesa o ônus de provar as causas excludentes de ilicitude. Trata-se de uma equiparação indevida e perigosa entre tipicidade e fato constitutivo do direito do autor e entre excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade e fatos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito.

Dessa maneira, ainda que se insista na transposição da disciplina processual civil para o processo penal, as causas excludentes de ilicitude devem ser incluídas plenamente como a contraprova do próprio fato constitutivo do direito do autor, e não como um fato extintivo ou impeditivo desse direito. Isso por uma razão básica, a saber, sustentar uma excludente

³² Assim se posiciona Humberto Theodoro Junior “para aplicar-se corretamente o art. 333, II, deve-se levar em conta que não é defesa indireta aquela em que o réu nega veracidade à versão do autor e indica outra versão para o fato invocado na petição inicial. Se o autor, por exemplo, afirma que seu veículo foi abalroado pelo do réu, e este contesta afirmando ter sido o veículo do autor que abalroou o seu, não se pode dizer que o contestante teria invocado fato extintivo ou modificativo do direito do autor. O promovedor da ação continua com o ônus de provar que seu automóvel foi abalroado, para lograr êxito na ação intentada” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, 44^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 463).

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso...cit.*, p. 270.

de ilicitude significa “trabalhar” dentro do âmbito fático trazido pelo autor, resumindo-se o réu a contrariar esses fatos ao afirmar que teriam ocorrido não da forma confeccionada pelo autor, mas de forma distinta. É a própria contestação fática produzida pelo réu sobre os fatos imputados.

A advertência que se faz repousa no fato de querer se aplicar, no direito processual penal, questão inerente ao direito processual civil que sequer foi suficientemente definida nessa seara. Ademais, ao se utilizar no processo penal a regra cunhada para o processo civil, deixou de se atentar que no processo civil há repartição do ônus da prova entre as partes, com a disposição dessa distribuição, enquanto no processo penal inexistente tal repartição entre as partes, suportando a parte acusadora o ônus da prova integralmente.

Por último, ainda que possível fosse transpor a disciplina processual civil para o processo penal, estar-se-ia incorrendo em flagrante equívoco ao tentar equiparar uma justificativa penal laborada pelo réu, *v.g.*, uma legítima defesa ou estado de necessidade, a um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, renegando-se, pois, o próprio conceito de crime e, por conseguinte, toda a evolução da teoria do delito.

Para tanto, merece análise, dentro do campo devido, *i.e.*, da teoria do delito, o conceito de crime e a relação entre tipicidade e ilicitude para se confirmar ou não a equiparação dos fatos constitutivos com a prova da autoria e materialidade e a equiparação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos com as causas excludentes de ilicitude.

5. A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE NA TEORIA DO DELITO

Antes de se equiparar o fato constitutivo do direito do autor e tipicidade penal, bem como uma aproximação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor com a alegação de uma excludente de ilicitude pelo acusado, deve-se analisar a própria estrutura teórica da tipicidade, ilicitude e culpabilidade que, dada sua peculiaridade, escapa à discussão no âmbito cível.

A transposição da disciplina civil para a sistemática processual penal revela desconhecimento da teoria do delito, campo próprio para o estudo da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em outros termos, a

“arquitetura” do conceito de crime é exclusiva da dogmática jurídico-penal e nela deve se findar. Com efeito, deve-se analisar as diversas teorias existentes acerca da relação entre tipicidade e ilicitude.

A tipicidade, conforme aduz Cezar Bitencourt, “é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”³⁴. Em síntese, é a própria adequação da conduta humana a determinado tipo penal. A sua vez, a ilicitude é um conceito geral do ordenamento jurídico, compreendendo-se como a contrariedade à norma. Juarez Cirino dos Santos define a ilicitude em direito penal como “uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões”³⁵.

Acerca das diversas teorias que se dedicaram ao estudo da relação entre tipicidade e ilicitude, inicie-se com a denominada teoria do tipo independente ou do tipo avalorado, responsável pelos primeiros estudos sobre a relação existente entre tipicidade e antijuridicidade. Capitaneando essa teoria, defensora da total independência entre tipicidade e antijuridicidade, Beling afirmava que o tipo possui característica puramente descritiva, analisando sempre essas duas categorias do delito de forma isolada. Assim, nessa concepção, a tipicidade era um elemento essencial do delito que se diferenciava nitidamente da antijuridicidade³⁶. Ao resumir essa teoria, Miguel Polaino Navarrete afirma que “o tipo seria um elemento delimitador da matéria delitativa que contém somente as características do delito externo-objetivamente constatáveis, sendo dele excluída toda referência psíquica, que só encontrará adequada ubiquação no âmbito da culpabilidade”³⁷.

A tipicidade, portanto, atenderia a uma função meramente descritiva, objetiva e estanque, restando à ilicitude a análise acerca da conduta

³⁴ BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I. p. 247.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen juris, 2007, p. 219.

³⁶ CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general: lecciones 26-40*. 2. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 458.

³⁷ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 2000, v. I, tomo II, p. 404-408.

praticada de modo a se concluir por seu enquadramento legal ou não³⁸. Dessa forma, atenderiam tipicidade e ilicitude a funções distintas.

Na esteira da preconizada teoria, atualmente superada, o entendimento do ônus da prova no processo penal nos moldes do artigo 373, do Código de Processo Civil, seria coerente, pois, ao separar a tipicidade da ilicitude tornando-as autônomas, pode-se classificá-las também de forma autônoma. Isso porque, quanto mais separadas estivessem mais fácil se tornava a configuração da ilicitude como algo extintivo ou impeditivo da tipicidade, a dizer, da constituição do direito do autor³⁹.

Na esteira evolutiva das teorias do delito, especialmente sobre a relação entre tipicidade e ilicitude, deve-se a Mayer o início da aproximação entre essas duas categorias⁴⁰, consistindo a tipicidade no principal indício ou fator de conhecimento da ilicitude, sendo esta relação similar à existente entre a fumaça e o fogo⁴¹, conquanto distintas. Essa teoria indiciária vislumbrava, portanto, a tipicidade como a *ratio cognoscendi* da ilicitude, ou seja, um indício desta⁴².

Aproximando tipicidade e ilicitude, Edmund Mezger desenvolve a Teoria da tipicidade como a *ratio essendi* da ilicitude. Avançando na teoria de Mayer, compreendeu Mezger que “o tipo penal é fundamento real e de validade (*ratio essendi*) da ilicitude, ressaltando-se que a ação não seja justificada em virtude de uma causa especial de exclusão do injusto. Se isso ocorre, a ação não é antijurídica, apesar de sua tipicidade”⁴³.

Vê-se, assim, na teoria da *ratio essendi* a ilicitude como a própria razão de ser da tipicidade, sua essência. Nessa altura, a evolução da

³⁸ REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 35.

³⁹ A teoria do tipo independente possui o grande mérito de ter sido a pioneira a se dedicar com profundidade ao tema da tipicidade e sua relação com a antijuridicidade e, a despeito de não atender aos anseios contemporâneos da teoria do delito, muito contribuiu para a evolução do tema.

⁴⁰ REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade...cit.*, p. 35.

⁴¹ CEREZO MIR, José. *Derecho penal...cit.*, p. 458.

⁴² Conquanto conservadora, essa teoria promoveu grande avanço para a moderna teoria do fato punível ao constatar a existência de uma relação existente entre tipicidade e antijuridicidade, ligando-as por uma relação lógica.

⁴³ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Madrid: RDP, 1955, t. I, p. 376.

teoria do delito encerrou a distância, separação e independência antes existentes entre tipicidade e ilicitude.

A completa fusão entre tipicidade e ilicitude se dá através da denominada Teoria dos elementos negativos do tipo, que apregoa uma identidade entre essas duas categorias jurídicas do delito. Foi concebida originalmente por Merkel e Baumgarten, tendo sido cultuada modernamente por Hinrichsen, Schröder, Kaufmann e English⁴⁴.

Segundo informa a teoria dos elementos negativos de tipo, no bojo da tipicidade se encontra também a ilicitude, ou seja, a ausência de uma causa de justificação. Em sua face moderna, essa teoria assinala que pertencem ao tipo não apenas as circunstâncias que fundamentam o injusto de uma figura delitiva, mas também, como elementos negativos, a ausência das circunstâncias que servem de base às causas de justificação⁴⁵.

De acordo com essa orientação, a relação entre tipicidade e ilicitude é inseparável, somente existindo uma se presente a outra. Funciona como uma espécie de esquema “tudo ou nada”. O afastamento de qualquer delas importa o conseqüente afastamento da restante. Assim, se presente uma causa de justificação, a conduta não é apenas lícita, mas, atípica. Com isso, no caso de um crime de homicídio, a leitura do tipo é a seguinte: “Matar alguém sem a concorrência de legítima defesa (ou outra qualquer excludente de ilicitude)”⁴⁶.

A base da teoria dos elementos negativos do tipo decorre da sustentada ausência de diferença substancial entre os elementos positivos que fundamentam o injusto de uma conduta delitiva e os elementos negativos que servem como causa de justificação, estando estas últimas na parte geral do código por razões de técnica legislativa, podendo ser incluídas nas próprias figuras delitivas da parte especial⁴⁷.

⁴⁴ CERESO MIR, José, *Derecho penal...cit.*, pp. 460/461.

⁴⁵ CERESO MIR, José. *Derecho penal...cit.*, p. 460.

⁴⁶ O exemplo é de: NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal...cit.*, p. 409.

⁴⁷ CERESO MIR, José. *Derecho penal...cit.*, p. 462. Naturalmente, a teoria dos elementos negativos do tipo não passou imune às críticas da doutrina. Criticando a teoria Eugenio Raul Zaffaroni aduz que “a teoria dos elementos negativos do tipo retroage a teoria do delito aos tempos anteriores à introdução do conceito de tipo penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. México: Cardenas, 1988, p. 402). Na mesma linha crítica: José Cerezo Mir. *Derecho penal...cit.*, p. 472.

A par da sucinta exposição da evolução da relação entre tipicidade e ilicitude, permitindo a compreensão desses institutos, o que se pretende demonstrar é a total inviabilidade de equiparação da ilicitude a fato impeditivo ou extintivo do direito, de modo a que se atribua ao réu a prova dessa excludente⁴⁸. Conquanto os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor sejam diversos do seu direito constitutivo e, portanto, fora deles, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, ao contrário, a um só tempo consistem no próprio direito do autor, como demonstrado pela análise das teorias do delito

Manifestamente incongruente, portanto, a concepção da tipicidade como fato constitutivo, e da ilicitude como fato impeditivo ou extintivo do direito de punir. A aproximação desses institutos significa retroceder ao começo do estudo da tipicidade e da ilicitude para torná-las categorias opostas, ignorando-se por completo conceitos básicos da teoria do delito ao não se conceber um crime como fato típico, ilícito e culpável, inseparável em sua natureza⁴⁹.

É sabido que o delito é algo inteiramente unitário e não se divide em três partes autônomas. Sua eventual divisão atende tão somente a critérios dogmáticos objetivando uma melhor análise estrutural⁵⁰.

Não há como concordar com a orientação que sustenta o intercâmbio acrítico do conteúdo do artigo 373, do Código de Processo Civil para a realidade processual penal, buscando conferir o ônus da prova do fato constitutivo do direito (tipicidade e autoria) ao autor e a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos (que seriam, segundo a decantada construção, as excludentes de ilicitude ou culpabilidade) ao réu que os alegar.

⁴⁸ Nesse sentido, v. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus...cit.*, p. 315.

⁴⁹ Nesse sentido, Eugenio Raul Zaffaroni critica a teoria do tipo independente ou avalorado justamente por entender inadmissível afirmar que a tipicidade não nos diz absolutamente nada a respeito da antijuridicidade (ZAFFARONI, Eugenio R. *Manual...cit.*, p. 402).

⁵⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...cit.*, p. 207. Cezar Roberto Bitencourt assevera que “a divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração, facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que poderiam ocorrer” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado... cit.*, p. 286).

Definitivamente, o que o direito processual civil chama de fato constitutivo do direito do autor o direito penal chama de crime, a dizer, um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, um fenômeno único⁵¹. Não se pode, portanto, desmembrar o conceito analítico de crime para o fim de repartir o ônus da prova entre as partes, sendo de todo equivocado ler o conceito de crime com as lentes do art. 373, I, II, do Código de Processo Civil, razão pela qual se afasta completamente essa pretendida analogia.

6. O ÔNUS DA PROVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO PROCESSO PENAL

Superada a discussão concernente à regra do ônus da prova prevista na lei processual civil, cumpre abordar o tema central do presente trabalho, a saber, a regra de julgamento das excludentes de ilicitude no direito processual penal.

A fonte normativa para o desenvolvimento da temática é o disposto no artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, que, numa redação parcimoniosa, levou e continua levando sérias dúvidas à orientação do julgador no momento decisório.

Conforme exposto, a leitura do mencionado artigo 156, *caput*, do CPP, conjugada com a disposição do artigo 333, I, II, do Código de Processo Civil de 1973, conduziu ao entendimento de que o ônus da prova das excludentes de ilicitude incumbe sempre à defesa quando as alegar⁵². Todavia, tal corrente peca por analisar a questão equivocadamente.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, Frederico Gomes de Almeida Horta afirma que “não se pode admitir que o ônus probatório da acusação se limite à demonstração da autoria e materialidade do fato típico pela simples razão de que a mera tipicidade da conduta atribuída ao acusado não faz dela um fato constitutivo do poder estatal de puni-lo, deduzido em juízo por meio da ação pena. Com efeito, o fato constitutivo do *ius puniendi* é o crime punível, que não se verifica apenas pela tipicidade, mas também, necessariamente pela ilicitude, culpabilidade e punibilidade da conduta do acusado” (HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), HC 194.225). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 173-202, set./out. 2013, p. 197).

⁵² Nesse sentido: PEDROSO, Fernando de Almeida. *A Prova Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 26, e NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 23.

A um só tempo, distorce-se o artigo 333, I, II, do CPC/73 e, consequentemente o artigo 373, do CPC/2015, e vislumbra-se parcialmente o artigo 156, *caput*, do Diploma Processual Penal. Isso porque a correta complementação da regra do art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal deve ser feita com os artigos 41 e 386, VI, VII, CPP⁵³, este último com redação dada pela Lei 11.690/08. Desse modo, ter-se-ia no artigo 156, *caput*, a seguinte redação *de lege ferenda*: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, cabendo à acusação a prova do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme exposto na denúncia, impondo-se a absolvição caso não exista prova suficiente para a condenação ou se houver dúvida quanto à existência de causa excludente da ilicitude”⁵⁴.

Por meio da análise sistemática do ordenamento processual penal, ao se dispor a necessidade de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme consta no artigo 41, do Código de Processo penal, devem estas ser compreendidas como as fáticas e as jurídicas, *i.e.*, todos os fatos envoltos, bem como todas as circunstâncias jurídicas daquele fato criminoso, quais sejam, sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade⁵⁵.

O ônus da acusação de provar a ausência das excludentes de ilicitude, dessa maneira, restaria evidente já no momento do oferecimento da denúncia e o acompanharia durante todo o processo.

Já foi aqui colocado que o crime é unitário, só havendo sua repartição teórica por motivos didáticos. Em consequência, todo o ônus da prova do fato criminoso é do acusador e, sendo o fato criminoso ação

⁵³ Essa lição de: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...* cit., p. 208.

⁵⁴ Veja-se, a propósito, proposta de Maria Lucia Karam para uma adequada denúncia: “O réu teria – supondo-se que se trate de furto – subtraído, para si, uma determinada coisa alheia móvel, de valor economicamente considerável, assim afetando o patrimônio do ofendido, em circunstâncias em que tal conduta não era permitida e podendo, dada a normalidade das circunstâncias, atuar como determinava o comando legal e, assim, ser responsabilizado pela prática daquela infração penal, a normalidade das circunstâncias indicando, ainda, a necessidade de imposição da pena” (KARAM, Maria Lucia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2001, p. 65).

⁵⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito...*cit., p. 208, faz expressa referência à necessidade de o acusador provar circunstâncias jurídicas.

típica, ilícita e culpável, assevera-se que ao acusador incumbe o ônus de demonstrar, além do fato típico, a ilicitude e culpabilidade⁵⁶. Pensar o contrário significaria atribuir o ônus da prova de demonstrar a excludente de ilicitude ao acusado, invertendo-o⁵⁷.

A pretensão de utilização da disciplina processual civil acarreta inversão desse ônus, pois, a ilicitude do fato constitui a própria pretensão punitiva estatal, não se enquadrando, em hipótese alguma, na categoria de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Fosse possível a utilização da regra de repartição do ônus da prova do Código de Processo Civil no processo penal, dever-se-ia incluir a ilicitude e culpabilidade, somadas à tipicidade, no bojo do inciso I do artigo 373, do CPC, caracterizando o fato constitutivo da pretensão acusatória do Estado⁵⁸.

Não bastasse tudo isso, com a Constituição Federal de 1988, o ônus da prova no processo penal ganhou maior relevo e menor dúvida com o estabelecimento da presunção de inocência em seu artigo 5º, LVII, acrescentando um ingrediente a mais na atividade do acusador diante da impossibilidade de se antever a culpa do imputado sem que a decisão penal esteja definitivamente afirmada com trânsito em julgado.

Isso porque a presunção de inocência, em sua aceção probatória, estabelece para o acusador todo o ônus de provar o teor da acusação.

⁵⁶ Assim parece a Gustavo Badaró ao asseverar que “o ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos de fato dos quais decorre a pretensão punitiva e a inexistência de todos os elementos que obstem o surgimento da pretensão punitiva” (BADARÓ, Gustavo H. *Ônus...cit.*, p. 319).

⁵⁷ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo H. *Ônus...cit.*, p. 310. Aury Lopes Jr. afirma que “erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na ‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente” (LOPES JR., Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 43-47, ago./set. 2015, p. 44.).

⁵⁸ Essa a orientação de Gustavo Badaró: “antijuridicidade não é um fato impeditivo do direito de punir, mas sim parte integrante do fato constitutivo deste direito, juntamente com a tipicidade e a culpabilidade” (BADARÓ, Gustavo H. *Ônus...cit.*, p. 318).

Qualquer falha ou insucesso no cumprimento desse ônus deve pesar em desfavor da acusação, jamais sobre o réu.

Michele Taruffo⁵⁹, destacando como característica distintiva do processo penal a existência da presunção de inocência, adverte que “esta presunção introduz um desequilíbrio estrutural na posição das partes a respeito da prova no processo penal, dado que a posição de uma parte (imputado) é favorecida sistematicamente, enquanto que a outra (acusação) é sistematicamente desfavorecida pela distribuição de ônus probatórios”. Acrescente-se que o desequilíbrio proporcionado pela presunção de inocência em favor do réu tem por escopo justamente (re)equilibrar a relação processual penal primitivamente danosa e prejudicial ao réu, o qual se encontra em franco desequilíbrio frente ao sistema punitivo estatal.

Nesse ponto, com a presunção de inocência, exigir que o acusado inocente prove a licitude de sua conduta, a dizer, que agira encoberto por uma causa excludente da antijuridicidade, desfigura aquela garantia constitucionalmente assegurada⁶⁰. Assim, com a existência da presunção de inocência em favor do penalmente perseguido, ratifica-se a obrigatoriedade de o acusador comprovar todos os elementos pertencentes ao conceito de crime. O preceito do novo artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/08, ao determinar a absolvição do acusado quando houver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, apenas deu mais vazão aos preceitos da presunção de inocência e com ela se conforma.

Essa compreensão da matéria foi recentemente percebida pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicando o ônus da prova no processo

⁵⁹ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre: por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar: de Larry Laudan. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 28, 2005. p. 117.

⁶⁰ Bem observa Maurício Zanoide de Moraes o aspecto da presunção de inocência como norma de tratamento relacionada ao ônus probatório no processo penal, afirmando que “o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do ‘estado de inocência’ do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta na Constituição” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 462).

penal conforme a presunção de inocência e desincumbindo o réu de qualquer ônus da prova⁶¹.

Concernente à regra de julgamento do ônus da prova das excludentes de ilicitude, discute-se, ainda, sobre o grau de convencimento necessário para ocorrer a absolvição pela presença de uma justificante.

Em suma, a questão agora não é mais saber de quem é o ônus de provar a excludente de ilicitude, mas sim, saber se se exige que a defesa provoque o surgimento de uma dúvida sobre a existência da excludente, se bastaria a mera alegação dessa tese ou se sequer o réu precisaria alegá-la, devendo o acusador sempre provar a ausência da justificante ainda que não aventada.

Caso se analise a questão do grau de convencimento de uma excludente de ilicitude pela ótica da presunção de inocência, que provoca um desequilíbrio favorável ao acusado referente à questão probatória, o ônus da prova dessa excludente deveria recair totalmente sobre o acusador, prescindindo-se de alegação pelo réu. Isso porque, ao desincumbir o réu de alegar ou demonstrar uma excludente estará o juiz mantendo o desequilíbrio constitucional instituído pela presunção de inocência em favor daquele.

Por outro lado, exigir que a acusação elabore a minuciosa tarefa de imputar o fato típico juntamente com a demonstração da ausência de qualquer causa excludente de ilicitude ou culpabilidade tornaria o trabalho

⁶¹ STJ, Recurso Especial nº 1.359.446-SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 28/04/2016: “Registro, *ab initio*, que a regra do art. 156 do CPP não pode ser considerada de forma isolada, pela mera leitura da primeira parte do dispositivo federal, mas deve ser interpretada de forma sistêmica, de acordo com os ditames dos arts. 41 e 386, VI, do CPP, tendo como norte os princípios reguladores do processo penal condenatório, instrumento concebido para a tutela social da liberdade do indivíduo, orientado pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*, com vistas à melhor reconstrução histórica dos fatos sob julgamento. Deveras, como o réu não manifesta pretensão, apenas nega as circunstâncias narradas na denúncia ou na queixa, o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação (decorrência natural do princípio do *favor rei*, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória) e o benefício da dúvida deve, sempre, favorecer a defesa. Isso equivale a dizer que a pretensão punitiva estatal somente poderá ser acolhida se o órgão jurisdicional se convencer, com apoio na prova judicializada, de que o réu praticou fato típico, ilícito e culpável, consoante a narrativa acusatória expressa ou implícita, e eventual dúvida relacionada às excludentes conduzem, necessariamente, à absolvição, consoante o art. 386, VI, do CPP”.

da acusação praticamente inviável, até porque há quatro causas de exclusão da ilicitude e três excludentes de culpabilidade, o que levaria o acusador a, no mínimo, ter que rechaçar de imediato essas sete excludentes, entre as de ilicitude e culpabilidade.

A necessidade, portanto, de se exigir da acusação de antemão a prova da ausência de uma excludente deve advir do caso concreto, não sendo obrigatório em todos os casos discutir a presença ou não de uma excludente. Por exemplo, não há essa necessidade de provar a maioria penal de uma pessoa aparentemente idosa⁶².

Não obstante essa ressalva, não se pode franquear o princípio da presunção de inocência, que impõe, entre outras coisas, o ônus da prova à parte acusadora, desobrigando o acusado de provar a ausência de uma excludente. Nessa linha, sustenta Luigi Ferrajoli⁶³ que “no conflito, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”.

Para tanto, entende-se bastar ao réu alegar a existência da excludente de ilicitude sem que precise carrear provas nesse sentido, nem incutir no julgador uma dúvida razoável sobre a configuração dessa excludente⁶⁴.

⁶² Essa mesma compressão é concebida por Plínio Antônio Britto Gentil e Bruno Giovannini de Paulo ao expor que “o caminho mais razoável, em tais hipóteses, é avaliar a verossimilhança da alegada excludente. Ou seja, se, nas circunstâncias fáticas concretas, a ocorrência da situação de uma eventual legítima defesa mostra-se como uma possibilidade real, o que deve ser aferido frente ao quadro geral que envolve o cometimento do fato típico. Em tais condições, e se a resposta a esta indagação for afirmativa, o ônus da prova se redireciona. Isto é, ante a verossimilhança de uma justificativa, que afaste a antijuridicidade do fato, caberá à acusação demonstrar a sua não ocorrência. Isto porque é à acusação que incumbe provar a presença de um crime. E por crime se entenda a junção num só evento, ao mesmo tempo, dos requisitos de um fato penalmente típico e da sua antijuridicidade” (GENTIL, Plínio Antônio Britto; PAULO, Bruno Giovannini de. Excludente de ilicitude verossímil e ônus da prova no processo penal. *Revista Jurídica*, Anápolis, v. 16, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 175).

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 488.

⁶⁴ Aury Lopes Jr. afirma que o réu sequer deve alegar a excludente, pois, “a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe

A alegação da excludente de ilicitude pelo réu impõe à acusação o ônus de provar a ausência da excludente⁶⁵.

Por fim, no Projeto do Código de Processo Penal⁶⁶ em trâmite no Congresso Nacional, não utilizará mais a terminologia do art. 156, *caput*, do Código vigente (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”), não dispondo de qualquer norma a respeito, mantendo, ainda, no artigo 421, VI, do Código projetado, a absolvição do réu quando houver fundada dúvida sobre a existência de excludente de ilicitude, à semelhança do artigo 386, VI, do Código em vigor. Com isso, reforça-se que o réu não tem o ônus da prova dessas excludentes, encerrando-se a discussão sobre a inadequada pretensão de distribuição dos ônus probatórios entre as partes no processo penal.

Sem dúvida, a alteração de um velho e ambíguo dispositivo legal contribuirá para o abandono dos equívocos a que deu razão, conformando de vez o ônus da prova ao texto constitucional.

incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade garantista)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 184). Paulo Rangel sustentando bastar à defesa a mera alegação de uma excludente de ilicitude, afirma que “a defesa poderá ainda, alegar que o réu, efetivamente, atirou na vítima, porém, em legítima defesa. Neste caso, cabe ao Ministério Público o ônus de provar o que descreveu na denúncia, ou seja, um fato criminoso com todas as duas circunstâncias e que, conseqüentemente, não houve injusta agressão, ou, se existiu esta, que não era atual nem iminente, ou, ainda, não houve uso moderado dos meios e que estes, embora existindo, não eram necessários” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed., rev., amp., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 459-460).

⁶⁵ Em sentido próximo, afirma Gustavo Badaró que “se não foi alegada qualquer excludente pela defesa, não tendo surgido nem mesmo uma dúvida remota sobre sua ocorrência, desnecessária a prova de que o fato não foi acobertado por uma causa de exclusão da antijuridicidade” (BADARÓ, Gustavo H. *Ônus...cit.*, p. 323).

⁶⁶ O Projeto do Código de Processo Penal, Projeto de Lei PLS 156/09 originou-se de Comissão de Juristas nomeada por ato do Presidente do Senado Federal sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, composta por Antonio Correia, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. O texto, parcialmente alterado, foi aprovado pelo Senado Federal e se encontra na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2011).

CONCLUSÕES

Como fecho conclusivo, admite-se a necessidade de uma revisão das premissas consagradas pela doutrina processual penal sobre o ônus da prova para se manter a coerência na análise crítica sobre uma regra aparentemente pronta e acabada, mas sem o devido rigor teórico. Essa falta de atenção para um tema tão caro ao direito processual penal reflete, de forma incisiva, na prática forense em todos os cantos do país e molda um modelo de processo penal acrítico e sem conformidade constitucional.

O artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal deve ser objeto de uma interpretação sistemática, evitando-se conclusões simplórias como a afirmação o ônus da prova *compete a quem alega*, como ocorria no remoto Direito Romano.

A doutrina majoritária, acompanhada pela jurisprudência nacional, apropriou-se da regra de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil, equiparando autoria e materialidade do fato (tipicidade) com o fato constitutivo do direito do autor e ilicitude ou culpabilidade a um fato impeditivo ou extintivo desse direito. Essa premissa é equivocada por não haver definição precisa de fatos impeditivos, modificativos e extintivos na própria dogmática processual civil.

Tratando-se de uma construção elaborada para o sistema de persecução civil, estrutural e teleologicamente distinto do sistema penal, fica claro um desvirtuamento de sua concepção, impedindo-se sua utilização no processo penal por utilizar a regra de distribuição do ônus da prova entre as partes (artigo 373, I, II, CPC) em local onde não há essa repartição do ônus entre as partes. No processo penal o ônus é somente do acusador.

Afirmar que o ônus da prova de uma excludente de ilicitude é do réu demonstra desconhecimento da teoria do delito e da relação existente entre tipicidade e antijuridicidade, ignorando-se a sede própria para o desenvolvimento desse tema, o direito penal. Isso porque incumbe ao acusador a prova do crime, compreendido como um fato composto de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A quem cabe provar um crime, cabe, por força, provar um fato típico, ilícito e culpável. A afirmação de uma exculpatória não institui um ônus dessa prova ao acusado, mas a própria contraprova do fato constitutivo.

Ademais, nessa importação acrítica de lições civilistas para o processo penal, olvidou-se que nesse ramo existe a garantia juspolítica da presunção de inocência em favor do réu que, em sua face probatória, gera um desequilíbrio da relação processual em desfavor da acusação, devendo, então, suportar todo o ônus da prova do crime que imputa.

Assim, por todos os ângulos que se veja, o ônus da prova das excludentes de ilicitude e culpabilidade devem ser suportados pelo acusador, não podendo haver espaço para exceções a essa regra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. (2ª serie). São Paulo: Saraiva, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*, v. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general: lecciones 26-40*. 2. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2ª ed. Italiana de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, v. III.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; PAULO, Bruno Giovannini de. Excludente de ilicitude verossímil e ônus da prova no processo penal. *Revista Jurídica*, Anápolis, v. 16, n. 2, p. 170-188, jul.-dez. 2017. <http://dx.doi.org/10.29248/2236-5788.2017v17i2.p170-188>

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Trad. Leandro Farina. Leme: Fórum, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. II. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 194.225). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 21, v. 104, p. 173-202, set./out. 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KARAM, Maria Lucia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade garantista)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 43-47., ago./set. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 19/20, p. 35-52, 1º e 2º sem., 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. I. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v. II.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000, v. II.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. 2ª ed. Madrid: RDP, 1955, t. I, p. 376.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal: parte general*. Barcelona, Ed. Bosch, 2000, v. I, t. II.

NEVES, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *A Prova Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, tomo IV.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre: por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estandar: de Larry Laudan. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 28. 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.09>

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1989, v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. México: Cardenas, 1988.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DICIONÁRIOS

Academia Brasileira de Letras. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*, 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/12/2017
- Avaliação 1: 21/12/2017
- Avaliação 2: 05/01/2018
- Avaliação 3: 08/01/2018
- Avaliação 4: 09/01/2018
- Decisão editorial preliminar: 10/01/2018
- Retorno rodada de correções: 04/02/2018
- Decisão editorial final: 05/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 243-275, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.124>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro

*Evidence chain of custody break and its effects
in the Brazilian criminal proceeding*

Isabela Aparecida de Menezes¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina/PR

isamenezes@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3285149492979934>

 <http://orcid.org/0000-0002-3421-5136>

Luiz Antonio Borri²

Londrina/PR

luiz@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>

 <http://orcid.org/0000-0001-7649-1270>

Rafael Junior Soares³

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina/PR

rafael@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

 <http://orcid.org/0000-0002-0035-0217>

¹ Graduanda do Curso de Direito da PUCPR – Campus Londrina/PR.

² Possui graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná Campus Londrina (2011). Atualmente é advogado Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUCPR Campus Maringá.

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2007). Especialista em Criminologia e Política Criminal pelo ICPC-UFPR (2009). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE - Coimbra e IBCCRIM (2010). Atualmente é advogado - Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR - Campus Londrina-PR (2013).

RESUMO: O presente artigo visa a abordar a quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. O tema tem ganhado cada dia mais importância a ponto de merecer exame mais aprofundado do seu significado e relevância como forma de garantir a confiabilidade da prova produzida no processo penal desde seu nascedouro até o momento da valoração pelo magistrado, permitindo-se a verificação de sua cronologia existencial. Além disso, deve-se explorar a base legal que regulamenta o instituto no âmbito nacional, a fim de verificar as consequências geradas a partir do desrespeito à cadeia de custódia à luz dos princípios constitucionais. Finalmente, pretende-se apontar os desdobramentos do desrespeito ou violação à cadeia de custódia da prova, incursionando nas implicações daí oriundas, especialmente a incidência de ilicitude da fonte de prova e sua repercussão nas provas derivadas.

PALAVRAS-CHAVE: Cadeia de custódia; confiabilidade da prova; ilicitude.

ABSTRACT: *This article aims to address the evidence's custody chain breaks and its effects in the Brazilian criminal proceedings. Every day the theme has become more important to the point of deserving a deeper examination of its meaning and relevance as a way of guaranteeing the reliability of the evidence produced in the criminal process, from its inception until the moment of its evaluation by the court, allowing the verification of its existential chronology. Moreover, the legal basis governing the institute at a national level should be explored in order to verify the consequences of its disregarding in the light of the constitutional principles. Finally, the article seeks to point out the consequences of the disregard or violation of the evidence's custody chain, including the implications thereof, specially regarding the incidence of unlawfulness in the evidence's source and its repercussion in the derived evidences.*

KEYWORDS: *Evidence's custody chain; reliability of evidence; unlawfulness.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A cadeia de custódia. 2. O Código de Processo Penal e a legislação vigente no Brasil; 3. A ilicitude da prova em decorrência da quebra da cadeia de custódia; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A discussão travada no estudo em análise terá por objetivo debater acerca da quebra da cadeia de custódia da prova. Questiona-se: qual a consequência que a inobservância dos procedimentos legais ou do devido cuidado no momento da coleta, manipulação e transporte do objeto pode trazer para o elemento, que agora é prova, trazido em juízo?

Inicialmente, objetivou-se explorar o significado do instituto, vez que embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado sobre o assunto no acórdão do Habeas Corpus nº. 160.662/RJ, a cadeia de custódia da prova não está devidamente regulamentada no ordenamento jurídico pátrio. Do mesmo modo, analisou-se a importância do instituto, notadamente porque a ausência de cuidado com o elemento produzido pela acusação repercute diretamente na garantia constitucional do réu ao devido processo legal.

Com efeito, por meio da análise dos princípios constitucionais, normas processuais penais e da jurisprudência nacional, pretendeu-se verificar a possibilidade de reconhecimento do instituto da cadeia de custódia no ordenamento brasileiro, como garantia ao acusado de que os elementos que instruem a acusação foram obtidos em observância aos procedimentos legais.

Finalmente, pretende-se explorar o resultado prático da quebra da cadeia de custódia, delimitando se a inobservância por parte do detentor da prova acerca do procedimento e cuidado devido acarreta a falta de confiabilidade do elemento probatório a ensejar sua ilicitude.

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA

No processo penal a prova⁴ assume um papel deveras importante, já que “constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue

⁴ O termo é polissêmico, conforme afirma Antonio Magalhães Gomes Filho, podendo ser apontada, sob a perspectiva jurídica, a seguinte classificação para tratar do tema prova: a) fonte de prova: pessoas ou coisas das quais se pode conseguir a prova; b) meios de prova: instrumentos por meios dos quais os dados probatórios são introduzidos e fixados no processo; c) meios de investigação de prova: são procedimentos regulados em lei que objetivam alcançar provas materiais, são marcados, geralmente, pelo elemento

toda a dialética processual⁵⁷. É por meio dela que o julgador exerce sua função e fundamenta as razões da decisão, sendo imprescindível que passe pelo crivo do contraditório⁶, ainda que diferido⁷. Com efeito, o contraditório consubstancia garantia fundamental do indivíduo caracterizada pela possibilidade de participação ativa nos assuntos que lhe tragam interesse e efetiva influência no procedimento formativo dos procedimentos, reduzindo a possibilidade de decisões surpresa no processo judicial⁸.

Dierle Nunes prossegue realçando que o contraditório constitui faculdade e não obrigação da parte e aponta dois modos de exercê-lo: a) preventivo, antecipado ou *ex ante*, consistindo naquele realizado no

surpresa, sobretudo porque o conhecimento da parte tornaria inviável a obtenção de fontes de prova. Sobre isso, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-310.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

⁶ “Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório (...).” (STF – AP 858/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Voto: Min. Celso de Mello, Julgamento, 26.08.2014, 2ª turma, Data da Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-219 Divulg. 06-11-2014 Public. 07-11-2014).

⁷ “Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.” (STF - Inq 2266, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.5.2011, DJe de 13.3.2012).

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1 ed. Salvador: Juspodium, 2007, v.1, p. 152.

procedimento formativo do provimento; e b) sucessivo, postecipado ou *ex-post*, conceituado como aquele manifestado após a prolação do provimento visando o controle e a eficácia deste.⁹

A partir daí deve se tomar o devido cuidado com as fontes de prova obtidas fora do processo, não apenas pela dificuldade do réu em contraditar tais elementos, mas também porque, na maioria das vezes, o acusado fica “nas mãos” do Estado-acusação, já que o elemento probatório, além de produzido pelo órgão acusador, fica sob seus cuidados. Desse modo, “o tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório; há que ser ‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório.”¹⁰

Surge aí, o instituto da cadeia de custódia com o objetivo de garantir a todos os acusados o devido processo legal, bem como os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita¹¹. A cadeia de custódia abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e escorreita inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Desse modo, não se pode limitar a garantia constitucional da prova, isso porque deve abranger também “a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo, da mesma forma como foram obtidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos”.¹²

Nesse sentido, a cadeia de custódia pode ser definida como “uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova

⁹ Ibidem, p. 164-165.

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

¹¹ Artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹² EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016. p. 244.

material até o trânsito em julgado do mérito processual.”¹³ Noutras palavras, a cadeia de custódia é considerada uma sucessão “de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado - e, também, direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados”¹⁴.

Com isso, segundo Geraldo Prado, o instituto objetiva discutir a possibilidade concreta de manipulação indevida do elemento probatório, notadamente porque a cadeia de custódia da prova “leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial.”¹⁵

Estabelecido o conceito de cadeia de custódia é relevante destacar que os problemas discutidos nesse opúsculo concentrar-se-ão na falta ou insuficiência de documentação da cadeia de custódia. Tal advertência é importante porque o fato de inexistir o registro das pessoas que mantiveram contato com a fonte de prova não significa assentir que houve violação da cadeia de custódia, isto porque “não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade.”¹⁶

Insta salientar que o instituto não pretende colocar em dúvida a credibilidade da prova colhida pela autoridade policial, analisada por peritos ou de qualquer pessoa do Estado que tenha tido contato com o elemento

¹³ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. v. 3. São Paulo: RT, 2012. p. 404.

¹⁴ EDINGER, Carlos. *Op. cit.* p. 242

¹⁵ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, set./2014, p. 16-17.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 524.

probatório, mas garantir ao acusado que aquela prova possa ser acreditada, ou seja, “demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.”¹⁷

Trata-se de assegurar ao acusado que o Estado cumprirá a obrigação de conservar a prova, a fim de garantir a sua integridade e confiabilidade, conceituando a doutrina¹⁸ como a “mesmidade”, ou seja, a garantia de que a prova colhida é a mesma que a projetada em juízo. Aury Lopes Jr. e Alexandre da Rosa exemplificam a violação da “mesmidade” nas interceptações telefônicas, pois “a prova é ‘filtrada’ pela autoridade policial ou órgão acusador, que traz para o processo (e submete ao contraditório diferido) apenas o que lhe interessa. Não é ‘a mesma’ prova colhida, mas apenas aquela que interessa ao acusador, subtraindo o acesso da defesa”.¹⁹

A cadeia de custódia da prova também deve observar o princípio da “desconfiança”, decorrência natural do Estado democrático de direito, vez que não se pode afirmar (com certeza) que o objeto discutido é aquilo que a parte afirma ser, o julgador não pode colocar confiança especial em uma parte, principalmente quando ela representa o Estado. Nesse sentido, o princípio da desconfiança é compreendido sob a perspectiva de que o objeto ou documento é insuficiente para representar aquilo que a parte diz que significa, ou seja, inexistiria confiança preestabelecida, de modo que ninguém, nem mesmo o magistrado teria motivo para depositar confiança em determinada parte. Tanto a acusação como a defesa são devidamente remuneradas para sustentar aquilo que defendem, implicando reconhecer que fora do mundo da prova, não há por que haver concessões para ninguém, incluindo até mesmo as proposições factuais que dizem que determinado objeto é o que digo que é.²⁰

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

¹⁸ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n^o 262, p. 16-17, set./2014.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

²⁰ BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005, p. 283 *apud* PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n^o 262, set./2014, p.16-17.

Desse modo, seja pela “mesmidade” ou pela “desconfiança”, a ausência da observância de um procedimento específico no momento da produção do elemento probatório pode gerar a quebra da cadeia de custódia da prova e, por consequência sua ilicitude²¹. Sendo assim, necessário se faz que o detentor da fonte de prova, na maioria das vezes o Estado-acusação, tenha o devido cuidado na coleta, manipulação e transporte do objeto que, posteriormente, será um elemento probatório, a fim de preservar a cadeia de custódia e garantir a integridade da prova.

Acerca da integridade da prova, assinala Dias Filho que “por integridade entende-se o caráter daquilo que está inteiro, ileso, que não sofreu alteração, incólume, idôneo (...). Logo, além da integridade se soma os procedimentos necessários à manutenção das características intrínsecas do vestígio, qualquer que seja sua natureza (física, química, biológica, etc.). Diante deste raciocínio, é notório que se incluam critérios de coleta, transporte, acondicionamento, preservação e armazenamento como formas de garantir a integridade da prova.”²². Com efeito, é importante salientar que a ausência de cuidado com a fonte de prova produzida repercute também no direito constitucional do devido processo legal e todos os meios e recursos a ele inerente (ampla defesa, contraditório, paridade de armas), vez que visa a garantir ao acusado condições de se defender e evitar arbítrios estatais²³, ou seja, o instituto permite “avaliar se aquela prova que está no Tribunal, e que representa a materialidade de um ato criminoso, foi tratada com o devido rigor técnico-científico legal desde sua origem de colheita no local da infração penal”.²⁴

²¹ “A prova cuja cadeia de custódia for quebrada será considerada ilícita ou ilegítima (distinção que, para mim, cientificamente, a partir da supremacia da Constituição ou da sua dimensão objetiva, pouco sentido faz). Assim, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização” (EDINGER, Carlos, *Op. cit.* p. 251).

²² DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Op. cit.* p. 403.

²³ MORAES, Alexandre de. *O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>>. Acesso em 08 dez. de 2017.

²⁴ CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, vol. 05, p. 371-382, 2016. p. 373.

Noutras palavras, o instituto da cadeia de custódia da prova é importante porque garante ao réu que todos os elementos que instruem a acusação foram obtidos em observância aos procedimentos legais, sobretudo porque, se assim não for, o Estado estará afrontando a garantia fundamental do indivíduo consubstanciada no devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Do mesmo modo, pode acarretar “na falta de integridade da prova, provocando danos irrecuperáveis no material coletado, comprometendo a idoneidade do processo e prejudicando a sua rastreabilidade”²⁵

Nesse sentido, a cadeia de custódia da prova “traduz a necessidade de que se possibilite o efetivo contraditório, sendo dever do órgão acusador e da polícia judiciária a disponibilização de recursos e meios que, mais do que possibilitar mero acesso a elementos de prova, tragam conteúdo íntegro, coerente e consistente - que possa ser rastreado e verificado”.²⁶ Dessa forma, a quebra da cadeia de custódia, ou seja, a inobservância por parte do detentor da prova acerca do procedimento e cuidado devidos, seja no aspecto da correspondência entre a prova colhida e aquela trazida ao feito (“mesmidade”), ou mesmo na perspectiva do significado que a prova possui segundo as afirmativas de uma parte (desconfiança), acarreta a falta de confiabilidade do elemento probatório e, por consequência, sua ilicitude, impedindo a sua valoração²⁷ no processo.

2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A LEGISLAÇÃO VIGENTE NO BRASIL

A cadeia de custódia da prova encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, mormente a paridade de armas, presunção de inocência, devido processo legal²⁸, ampla defesa e contraditório (art.

²⁵ CARVALHO, Jeferson Lemes. *Op. cit.* p. 373.

²⁶ EDINGER, Carlos. *Op. cit.* p. 254-255.

²⁷ Segundo Gustavo Badaró “do ponto de vista material que poderá ser valorado para a formação do convencimento judicial, não terá maiores reflexos a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, na medida em que, tanto a prova obtida ilicitamente quanto a prova produzida ilegitimamente não poderá ser valorada pelo juiz.” (*Processo Penal*. 4^a. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 408).

²⁸ “A cadeia de custódia das provas, como instituto da teoria das provas apresentada ao longo do presente trabalho, também deve ser vista como um

5º, LIV, LV e LVII, CF), especialmente em relação aos meios de obtenção de prova levados a cabo valendo-se do fator “surpresa” (ex. interceptação telefônica²⁹ e busca e apreensão³⁰), ou ainda elementos produzidos na fase inquisitorial, desde que sejam provas cautelares, não repetíveis e antecipadas³¹ (art. 155, CPP).

A ideia de contraditório diferido pode ser compreendida na distinção entre contraditório sobre a prova e contraditório para a prova³², na primeira hipótese ter-se-ia a participação defensiva após a formação da prova enquanto na segunda o contraditório ocorreria na própria formação dela. De todo modo, é relevante consignar que o contraditório é premissa

direito subjetivo das partes, visto que a garantia de uma prova idônea e preservada é um desdobramento da garantia ao devido processo legal” (AZEVEDO, Yuri. A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs). *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 106).

²⁹ Sobre o tema da cadeia de custódia da prova no que tange às interceptações telefônicas e sua regulamentação na legislação brasileira cf.: SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017.

³⁰ Exemplo disso são as chamadas provas digitais (*notebooks, hds, celulares* e etc.) em relação às quais se afirma a necessidade de montar a cadeia de custódia da prova de modo que: “As provas digitais serão etiquetadas, documentadas e marcadas com as iniciais do perito, a hora e a data, o número do processo e dados de identificação. Cada passo da análise forense computacional deve ser documentado em detalhes” (TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico*: doutrina, jurisprudência e prática. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 539).

³¹ Segundo Gustavo Badaró “a ‘prova’ irrepetível não é produzida nem submetida ao contraditório; a prova cautelar é produzida sem observância do contraditório, normalmente durante o inquérito policial, sendo posteriormente apenas submetida a contraditório judicial; as provas antecipadas, são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase do inquérito policial” (*Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 424).

³² A expressão é citada como *slogan* da reforma do Código de Processo Penal da Itália, visto que com a adoção do sistema acusatório, o contraditório, que no sistema anterior era exercido sobre a prova já produzida, passa a ser efetivado no momento exato da formação da prova (FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, mai./ago. 2017, p. 667-668).

fundamental do Estado Democrático de Direito, notadamente no âmbito das decisões penais, que afetam o estado de liberdade do indivíduo, somente se legitimando por um saber que possibilite o esclarecimento dos fatos sob a dupla ótica da sociedade e o do indivíduo³³.

De outro lado, embora o Código de Processo Penal não contemple regulamentação específica sobre a documentação da cadeia de custódia da prova, Gustavo Badaró indica dispositivos legais do referido diploma que permitem a interpretação sistemática acerca de sua necessidade, exemplificando com o disposto no art. 6º, especialmente os incisos I e III, que disciplinam os atos de investigação atribuindo à autoridade policial o dever de dirigir-se ao local do crime “providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”, assim como, colha “todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato.”³⁴

Essas hipóteses ganham evidência porque o controle da prova pela defesa inevitavelmente dependerá da reconstrução da história do dado ou elemento probatório, viabilizando o conhecimento da fonte de prova e de como foi aportada aos autos da investigação, sem olvidar-se da imprescindibilidade do Estado garantir a “mesmidade”³⁵ e integridade da prova, para que possa ser acreditada³⁶ no processo, conforme explicado no item predecessor.

Com isso, segundo Geraldo Prado, pretende-se discutir a possibilidade de manipulação indevida do elemento probatório, notadamente porque a cadeia de custódia da prova “constitui e, também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial.”³⁷

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 55.

³⁴ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 526.

³⁵ PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 16.

³⁶ “O tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser ‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório.” (LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 412.)

³⁷ PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 17.

A discussão parte do pressuposto de que a incidência da presunção de inocência implica reconhecer a inversão da fé nos agentes estatais, impondo que o percurso do material probatório utilizado pela acusação precisa estar documentado com a indicação da apreensão, manuseio e análise, possibilitando a identificação do “nexo de causalidade entre o resultado pretendido e o caminho retrospectivo até a cena do crime”³⁸.

Além do mais, o devido processo legal, a paridade de armas, a ampla defesa e o contraditório tornam essencial a manutenção da higidez da cadeia de custódia, como forma de possibilitar à defesa tratamento equânime³⁹ ao conferido ao Ministério Público, propiciando o conhecimento integral daquilo que é imputado ao acusado, mas também a reação defensiva, postulando a produção das provas para esmorecer a tese acusatória⁴⁰.

Com efeito, a cadeia de custódia inicia-se com o procedimento policial que detecta a existência de um vestígio, conforme dispõe a Portaria n.º 82, de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública⁴¹, a qual estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Nesse contexto, a relevância da documentação cronológica da prova decorre da impossibilidade de “controlar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz, o controle da decisão judicial em um Estado democrático de direito deve ser dar através de sistemas de controles epistêmicos, mediante

³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 4ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 446.

³⁹ TJPR - 2ª C. Criminal - HCC- 1167881-4 - Jandaia do Sul - Rel.: Lilian Romero - Unânime - J. 10.04.2014.

⁴⁰ Apelação Crime N.º 70066882929, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 26/11/2015.

⁴¹ Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25740023_portaria_n_82_de_16_de_julho_de_2014>. Acesso 12 ago. 2017. O Código de Processo Penal não regulamenta de forma direta a denominada cadeia de custódia, tratando, no máximo, de especificar a prova pericial e o exame de corpo de delito (arts. 158 a 184, CPP). Na América do Sul interessante registrar a previsão detalhada da matéria no ordenamento jurídico colombiano com destaque nos arts. 254 a 266 do *Código de Procedimiento Penal*. (Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em 08 dez. 2017.

critérios objetivos, inclusive na fase da produção da prova, para garantir a qualidade da decisão judicial.”⁴²

Em outras palavras, o controle da decisão judicial passa inevitavelmente pela aferição da confiança da prova, isto porque “partindo da compreensão de um processo penal constitucional e convencionalmente decantado, toda e qualquer atividade probatória ou, caso prefiram, todo e qualquer ato praticado pela administração por intermédio de seus atores – funcionários públicos –, necessariamente demanda o inarredável controle epistêmico como fundamento e razão do próprio ato, ou seja, e por exemplo, a tese acusatória estampada em um processo criminal – e, com isso, todos os atos da administração – deve ser submetida a um teste de estresse, no qual se perquire a verificação e refutação, em provas e contraprovas.”⁴³

Para viabilizar a fiabilidade da prova a Portaria nº. 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, prevê expressamente a etapa externa e interna da cadeia de custódia, desde a chegada das autoridades estatais ao local do crime até a realização de perícia e eventual descarte do material, apontando-se como pertencente à etapa externa os seguintes passos (item 2.2 da portaria): a) preservação do local do crime; b) busca do vestígio; c) reconhecimento do vestígio; d) fixação do vestígio; e) coleta do vestígio; f) acondicionamento do vestígio; g) transporte do vestígio; h) recebimento do vestígio.

Por sua vez, a fase interna alcança todo o itinerário do vestígio, desde a entrada no órgão pericial até sua devolução ao órgão requisitante com o respectivo laudo pericial, abarcando: a) recepção e conferência do vestígio; b) classificação, guarda e/ou distribuição do vestígio; c) análise pericial propriamente dita; d) guarda e devolução do vestígio da prova; e) guarda de vestígios para contraperícia; f) registro da cadeia de custódia.

Essa regulamentação, pouco explorada na doutrina, é relevante porque, segundo estudo específico acerca da matéria, basicamente, três

⁴² MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 132, p. 117-138, jun./2017, p. 136.

⁴³ FELIX, Yuri. Fiabilidade da prova e a cadeia de custódia: um imperativo democrático (jurisprudência anotada). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, nº 299, out. 2017, p. 2054.

tipos de argumentos podem ser desenvolvidos pela defesa para questionar a cadeia de custódia: a) falsidade da prova; b) insuficiência da prova da cadeia de custódia da prova; e c) falsidade da prova da cadeia de custódia da prova, sendo que o primeiro e terceiro argumentos se resolvem, normalmente, com incidente de falsidade documental, permanecendo as maiores controvérsias no que diz respeito ao assunto indicado no item “b”⁴⁴.

Com base nessas premissas, passa-se a discutir então quando será exigível a prova da cadeia de custódia, ou seja, a documentação da cronologia de determinado elemento probatório. Destarte, o exemplo apresentado cuida da seguinte hipótese: “quando a droga é apreendida, deve ser embalada (se já não estiver), lacrada e identificada. Esse recipiente pode passar por várias pessoas. Contanto que a integridade do recipiente seja mantida, mediante aposição de lacre, é possível concluir, de forma razoável, que a droga ali acondicionada é a mesma que foi originalmente apreendida. Nessas hipóteses é que ganha destaque a comprovação da cadeia de custódia.”⁴⁵

Por conseguinte, para identificar-se a preservação da cadeia de custódia da prova é imprescindível a garantia de acesso aos elementos de prova documentados nos autos do procedimento persecutório penal, tendo o Supremo Tribunal Federal se debruçado em inúmeras oportunidades a respeito da matéria a ponto de consolidar a súmula vinculante 14⁴⁶, que garante ao defensor a possibilidade conhecer os elementos angariados em desfavor de seu constituinte.

A partir daí, tem-se que a compreensão do STF sobre o acesso à prova pela defesa constitui vetor de controle da cadeia de custódia da prova, especialmente para permitir à defesa o conhecimento das fontes probatórias, concebendo que “qualquer tipo de filtro realizado na prova

⁴⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 437.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

– quer seja por ocultação, destruição ou agregação de conteúdo -, é incompatível com o ‘acesso amplo aos elementos de prova’, justamente por corresponder à parte de um todo.”⁴⁷

Logo, a defesa “tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas”⁴⁸, o que permite à defesa repudiar eventuais excessos acusatórios e preparar-se para produzir a respectiva contraprova⁴⁹. A questão do acesso à totalidade do material probatório angariado na fase investigatória é ressaltada quando se compreende que “o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente.”⁵⁰ Desse modo, os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, as normas processuais penais e a jurisprudência nacional possibilitam o reconhecimento da cadeia de custódia como mecanismo hábil a conferir fidelidade à prova, permitindo o conhecimento pela defesa de eventual manipulação, adulteração ou supressão da prova provocando consequências que serão devidamente examinadas no tópico subsequente.

⁴⁷ MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, nº 288, nov./2016, p. 8-9.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

⁴⁹ “Não se pode confundir, igualmente, prova contrária com outra expressão própria do léxico processual, que é a contraprova. Com esta, indica-se qualquer prova apresentada por uma parte, com o propósito de refutar os elementos apresentados pelo adversário. Trata-se aqui do fenômeno que não se liga à relação entre fato e prova, mas à própria natureza contraditória do processo, que exige o reconhecimento, dentre outros, de um direito à prova, que inclui, evidentemente, a prerrogativa de contrapor provas às apresentadas pela parte contrária, com o objetivo de influir no convencimento do juiz.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 314).

⁵⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48.

3. A ILICITUDE DA PROVA EM DECORRÊNCIA DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A partir do que foi explorado nos tópicos anteriores, faz-se necessário o exame acerca das consequências da quebra da cadeia de custódia, visto que apesar da falta de legislação sobre o tema, sem prejuízo da norma administrativa existente que orienta a atividade das autoridades legais, é possível apontar potenciais repercussões trabalhando-se com os princípios constitucionais. Nessa linha de pensamento, assinala Aury Lopes Junior que “a cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico.”⁵¹

Assim, é obrigação do Estado garantir a todo e qualquer acusado que as provas obtidas por meio da persecução penal sejam devidamente acondicionadas, custodiadas e posteriormente periciadas, até mesmo para possibilitar o contraditório diferido sobre elas ou se autorizar o questionamento sobre a credibilidade da prova. A afirmação é importante para que se compreendam as consequências legais, em especial sua fundamentação jurídica, advindas da exigência a respeito da cronologia existencial imposta à prova, até mesmo como forma de se incentivar a postura mais correta às autoridades legais, bem como oferecer aos acusados o devido processo legal, pautado no respeito às garantias constitucionais.

Sobre a problemática enfrentada no tocante à cadeia de custódia, pense-se, a título de exemplo, no caso que em que há fundadas dúvidas sobre a identidade da prova, ou seja, se a prova apreendida pela autoridade investida é a mesma trazida aos autos, ou, então, sobre a sua credibilidade, decorrente da falta de documentação na apreensão da prova. Com efeito, o desrespeito aos procedimentos mencionados acima deve acarretar consequências que serão examinadas à luz da ilicitude da prova.

Aliás, a perspectiva da ilicitude da prova é adotada em razão da impossibilidade de se refazer o caminho empregado no meio de investigação que resultou na obtenção da prova, de modo que não seria possível

⁵¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

praticar o ato investigativo/probatório novamente⁵². Sob esse viés não há que se falar em problemas de nulidade e/ou valoração, mas sim de terminante exclusão do material com todas as suas consequências de não conhecimento pelo magistrado.

Estabelecendo um elo entre o tema da cadeia de custódia e ilicitude probatória, Geraldo Prado argumenta que “o filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreo das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de provas e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.”⁵³ Como é de conhecimento, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Além disso, o Código de Processo Penal, por meio de reforma operada no ano de 2008, reproduziu o dispositivo constitucional ao estabelecer o mesmo regramento em seu art. 157.

Nos casos narrados acima, a falta de cronologia acerca da existência da prova faz com que não mais se possa falar na confiabilidade daquele material, seja na perspectiva de sua existência ou do manuseio pelas autoridades legais, impedindo, por consequência, que o acusado tenha a possibilidade de desempenhar o exercício da defesa à luz de toda a principiologia constitucional. Se houve a quebra da cadeia de custódia e, por consequência, a perda da credibilidade da prova, que ao ser apreendida, por exemplo, não foi acondicionada de forma adequada, ela será considerada ilícita⁵⁴.

Como ensina Carlos Edinger, “a prova cuja cadeia de custódia for quebrada será considerada ilícita ou ilegítima (distinção que, para mim, cientificamente, a partir da supremacia da Constituição ou da sua dimensão objetiva, pouco sentido faz). Assim, “uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização.”⁵⁵ Aury

⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 310.

⁵³ PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁵ EDINGER, Carlos. *Op. cit.*, p. 251.

Lopes Junior apresenta relevante indagação inteiramente pertinente com o presente ensaio: “qual a consequência da quebra a cadeia de custódia (*break on the chain of custody*)?”, respondendo que “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada”⁵⁶.

De qualquer forma, observa-se que a cadeia de custódia violada gerará a exclusão do material probatório colhido sem o respeito aos procedimentos legais existentes, de modo que naturalmente não poderá ser objeto de qualquer valoração pelo magistrado⁵⁷. Além disso, deve-se examinar, ainda, quais eventuais provas decorrentes daquela considerada ilícita deverão ser excluídas do processo⁵⁸, sem a possibilidade de emprego, comprovando-se a diligência que deve ser empregada pelas autoridades legais em relação à prova. Conforme Lopes Jr. e J. Gloeckner “acolhendo-se a doutrina da contaminação dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* –, necessariamente teremos de reconhecer que as provas ilícitas (inclusive por derivação) devem ser consideradas nulas independentemente do momento em que foram produzidas.”⁵⁹

Diante disso, sobrevindo a quebra da cadeia de custódia da prova, ou seja, a inexistência ou imprecisão na reconstrução do dado ou elemento probatório levará à conclusão de que se trata de prova ilícita⁶⁰, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal e art. 157 do Código

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 414.

⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 107/108.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 91.

⁵⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349.

⁶⁰ Em sentido oposto às conclusões obtidas nesse estudo, Gustavo Badaró entende que a quebra da cadeia de custódia não implica ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido no momento da valoração da prova, advertindo que mesmo nos casos mais graves, em que se tenham dúvidas sobre a autenticidade e integridade da prova, isso repercutirá no seu valor, incumbindo ao julgador esta análise. (BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 535).

de Processo Penal, e a necessidade de exclusão física. Por fim, caso se verifique que os elementos probatórios produzidos posteriormente guardam direta e imediata vinculação com a prova obtida mediante violação à cadeia de custódia da prova, subsistirá o vício originário que contaminará todos os elementos informativos oriundos da atividade persecutória do Estado⁶¹.

CONCLUSÃO

Este estudo pretendeu apresentar o significado da cadeia de custódia, compreendida pela necessidade de historiar toda a cronologia de determinado vestígio utilizado como prova no processo penal e, com base nisso, identificar sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, oportunidade na qual se verificou sua íntima relação com os postulados da paridade de armas, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV, LV e LVII, CF).

Uma das manifestações mais importantes da cadeia de custódia no arcabouço jurídico pátrio deu-se por meio da Portaria 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, mormente porque delimitou com precisão mecanismo de segurança para resguardar a cadeia de custódia da prova, iniciando-se na sua coleta na cena do crime até a entrega do laudo pericial e eventual descarte. Trata-se de normativa que indubitavelmente deve servir de parâmetro para as autoridades incumbidas da investigação criminal, como forma de tutelar a “mesmidade” da prova, ou seja, que o elemento probatório utilizado no processo criminal é efetivamente aquele encontrado na cena do crime, assim como superar a “desconfiança” de que não houve alteração ou manipulação indevida do vestígio.

⁶¹ “Como foram consideradas ilícitas as provas colhidas, adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada (os vícios da árvore são transmitidos aos seus frutos) para anular a ação penal desde o início, apontando que assim se posicionam a doutrina e a jurisprudência - uma vez reconhecida a ilicitude das provas colhidas, essa circunstância as torna destituídas de qualquer eficácia jurídica, *sendo que elas contaminam a futura ação penal.*” (STJ - HC 149.250-SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), julgado em 7/6/2011).

Não se olvidou ainda da análise jurisprudencial do assunto, precipuamente a leitura da súmula vinculante nº 14 como instrumento para garantir o conhecimento pela defesa, sobre as fontes de prova existentes em desfavor do acusado, conferindo-se interpretação consentânea à preservação da integridade e higidez do elemento probatório.

Com isso, concluiu-se que nem toda prova é aquilo que a parte afirma ser, o que somente será concretizado por meio de mecanismo de “acreditação”, realizando-se verdadeira filtragem para efetuar o controle de confiabilidade da prova, possibilitando ao acusado conhecer tudo que foi produzido em seu desfavor, mas também a efetiva reação, com igualdade de meios e oportunidades àqueles conferidos à acusação.

Diante disso, retoma-se o problema que guiou este artigo: qual a consequência que a inobservância dos procedimentos legais ou do devido cuidado no momento da coleta, manipulação e transporte do objeto pode trazer para o elemento, que agora é prova, trazido em juízo? Assim, deve-se verificar as consequências jurídicas oriundas da quebra da cadeia de custódia da prova entendendo-se como adequada e harmônica a Constituição Federal a compreensão de ilicitude probatória, enodando todos os elementos derivados, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Yuri. A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 25-121.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Jeferson Lemes. Cadeia de Custódia e Sua Relevância na Persecução Penal. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, vol. 5, p. 371-382, 2016. [http://dx.doi.org/10.17063/bjfs5\(4\)y2016371](http://dx.doi.org/10.17063/bjfs5(4)y2016371)

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 435-471.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. v. 3. São Paulo: RT, 2012. p. 393-408.

EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.

FELIX, Yuri. Fiabilidade da prova e a cadeia de custódia: um imperativo democrático (jurisprudência anotada). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, n° 299, out./2017, p. 2054.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n° 288, p. 8-9, nov./2016.

MORAES, Alexandre de. *O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo vol. 132, p. 117-138, jun./2017.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.). *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1 ed. Salvador: Juspodium, 2007, v.1, p. 151-174.

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

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 4ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Isabela Aparecida de Menezes:* projeto e esboço inicial, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final;
- *Luiz Antonio Borri:* projeto e esboço inicial, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final;
- *Rafael Junior Soares:* projeto e esboço inicial, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 17/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/12/2017
- Avaliação 1: 01/01/2018
- Avaliação 2: 06/01/2018
- Avaliação 3: 07/01/2018
- Avaliação 4: 08/01/2018
- Decisão editorial preliminar: 12/01/2018
- Retorno rodada de correções 1: 31/01/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 31/01/2018
- Retorno rodada de correções 2: 31/01/2018
- Decisão editorial final: 01/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (GHB)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Fundamentos de
Direito Processual Penal*

As Abordagens Policiais e o Caso *Miranda v. Arizona* (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial

*Police frisk/search and the *Miranda v. Arizona* (1966) case: institutional violence and the role of Constitutional Courts in assuring right to counsel during police investigation*

Gabriela Ponte Carvalho¹

Brasília/DF

caprilp@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9685042541440691>

 <http://orcid.org/0000-0002-7162-9100>

Evandro Piza Duarte²

Universidade de Brasília – Brasília/DF

evandropiza@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5003630503816604>

 <http://orcid.org/0000-0002-0077-0297>

RESUMO: O texto analisa a doutrina construída a respeito dos direitos do acusado nos Estados Unidos, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Miranda v. Arizona* (1966). Descreve-se o modo como o direito de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*) se manifesta na fase de policiamento, identificação de suspeitos e investigação policial. Pretende-se, com isso, demonstrar as diferenças entre o direito estadunidense e o direito brasileiro, realçando, neste caso, o caráter essencialmente formal das interpretações que visam a garantir direitos

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada.

² Professor de Direito Processual Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela UFSC e Doutor em Direito pela UnB.

aos suspeitos. Desse modo, intenta-se demonstrar a responsabilidade pela violência institucional presente em decisões do Supremo Tribunal Federal, que, ao contrário da Suprema Corte dos Estados Unidos, não se defronta com as dimensões práticas e constitucionais da custódia de suspeitos e das confissões feitas na fase policial.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direito ao Silêncio; Direitos do Acusado; Processo Penal; Miranda v. Arizona; Suspeito.

ABSTRACT: *This study analyzes the doctrine about the rights of the accused in the United States of America, through an examination of the Miranda v. Arizona case. It explores how the privilege against self-incrimination is applied in the phase of police investigation. Thus, it is intended to demonstrate the differences between the American and the Brazilian laws, highlighting, in the latter, the formality in the implementation of such rights. Such a formality indicates the responsibility for allowing institutional violence that lies in the decisions of the Brazilian Supreme Court, which, unlike the American Court, does not cope with the practical and constitutional aspects of the custody of suspects and the confessions obtained during a police investigation.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; right to remain silent; rights of the accused; criminal procedure; Miranda v. Arizona; suspect.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Caso Miranda v. Arizona: O debate entre duas tradições de investigação; 2. O Paradoxo da imposição de limites à violência policial: o aviso de Miranda como instrumento de eficácia processual e melhoria das práticas de investigação; 3. Miranda v. Arizona em perspectiva; 4. O Direito ao Silêncio no sistema jurídico brasileiro: o imponderável valor jurídico conferido às confissões obtidas na fase policial sem a presença do advogado; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A comparação entre as práticas judiciais dos EUA e do Brasil oferece pistas sobre semelhanças e diferenças quanto ao modo de construção da cidadania (LIMA, 1989)³. Especificamente, quando se comparam os

³ Brandão, ao comparar o aumento da participação do Judiciário nas duas sociedades, considera, com otimismo, que a sociedade americana seria, desde

debates da Suprema Corte dos EUA com os padrões brasileiros, doutrinários e jurisprudenciais de solução de conflitos penais, um aspecto salta aos olhos: a diferença entre os sistemas de garantias constitucionais para lidar com suspeitos. Ao contrário dos tribunais brasileiros, os americanos judicializaram as situações de suspeita e, obviamente, com ela, os procedimentos das forças policiais que são adotados na atividade de policiamento. Essa judicialização significa, na prática, a constitucionalização da investigação e a tendência de limitação dos poderes da polícia ou, no mínimo, denota a preocupação do Poder Judiciário com a qualidade da justiça presente no cotidiano dos cidadãos daquele país.⁴

A atuação cotidiana da Polícia não é esquecida pela Suprema Corte dos EUA, sob o pretexto de que se trata de matéria de fato. Ao invés disso, a dimensão cotidiana e prática dos direitos dos cidadãos durante as abordagens policiais é objeto de intenso debate judicial. Um exemplo extremo desse aspecto é abordado neste texto. Trata-se da relação entre o direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si, o direito à assistência de um advogado e o valor jurídico atribuído às confissões obtidas mediante erro, fraude ou coação na fase policial.

As questões propostas são as seguintes: confissões e depoimentos feitos diretamente aos policiais e sem a presença de um advogado podem ser considerados válidos? E, em caso afirmativo, sob quais condições podem ser aceitos?

O caso *Miranda v. Arizona*, ponto de partida para o debate ora travado, tornou-se uma das mais influentes decisões da Suprema Corte dos EUA. O processo confrontou duas fortes linhas de argumentação quanto aos direitos do cidadão: uma que validava e outra que combatia as práticas *tradicionais* de abordagem e investigação policial. A apresentação concisa dos fatos que levaram ao início da investigação, assim como daqueles que permitiram a elevação do caso até a Suprema Corte

os anos de 1960, uma “democracia de direitos”, capaz de vincular os três poderes a esse ideal (2015, p. 1444).

⁴ A comparação proposta pretende elucidar qual o papel do Poder Judiciário no controle da violência policial e do impacto dessa na construção da culpabilidade. Não são considerados os aspectos referentes ao hipercarceramento decorrente, inclusive, de medidas de relativização interpretativa dos próprios julgados aqui tratados.

e a exposição dos argumentos utilizados pelos defensores de ambos os pontos de vista fornecem as linhas gerais para a comparação com os padrões adotados no Brasil.⁵

1. O CASO MIRANDA V. ARIZONA: O DEBATE ENTRE DUAS TRADIÇÕES DE INVESTIGAÇÃO

Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso em casa e levado a uma delegacia na cidade de Phoenix, Arizona (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). Uma investigação policial o apontara como suspeito de um crime de sequestro seguido de estupro cometido alguns dias antes. Na delegacia, a vítima o reconheceu como autor do crime (RILEY, 1994, p. 41 e 42). Levado a uma sala de interrogatório, o suspeito foi interrogado por duas horas, escrevendo e assinando, ao final, termo de confissão. Nele constava um parágrafo digitado, em que reconhecia ter confessado voluntariamente, sem ameaças ou promessas de impunidade, com perfeito conhecimento de seus direitos e compreensão de que o que afirmasse poderia ser usado em seu desfavor⁶ (RILEY, 1994, p. 42). Na ocasião, Miranda confessou ter realizado um roubo, e foi por isso condenado à pena de 20 a 25 anos (RILEY, 1994, p. 56 e 63). No julgamento do sequestro e estupro, perante o júri, a confissão foi utilizada como prova, apesar dos protestos do advogado do réu, que requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade da forma como a confissão foi obtida. Ernesto Miranda foi condenado por sequestro, estupro e roubo, devendo cumprir não menos que 40 anos e não mais que 55 anos de prisão (RILEY, 1994, p. 63).

Na fase recursal, a Suprema Corte do Arizona manteve a condenação, considerando não ter ocorrido lesão aos direitos do réu no interrogatório, pois ele não pedira, especificamente, a assistência de advogado durante a investigação policial (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

⁵ A dimensão racial dos julgados dos anos 1960/1970 não foi explorada no presente texto, mas podem ser encontradas algumas referências em: WANDERLEY, 2017; DUARTE, QUEIROZ, GARCIA, 2016.

⁶ Nos termos originais: “I, ____, do hereby swear that I make this statement voluntarily and of my own free will, with no threats, coercion, or promises of immunity, and with full knowledge of my legal rights, understanding any statement I make may be used against me.”

No entanto, pelo depoimento oferecido em juízo pelos policiais, verificou-se que o réu não fora alertado de seus direitos durante o interrogatório, mormente o de consultar um advogado antes de se submeter às perguntas, e de tê-lo presente durante os atos do interrogatório (RILEY, 1994, p. 57 e 58). Os policiais afirmaram ter presumido que o réu conhecesse seus direitos, pois já havia sido preso anteriormente (RILEY, 1994, p. 45). O réu chegou a dizer que, quando os policiais o buscaram em sua casa, não sabia se tinha escolha entre acompanhá-los ou não, e que, ao perguntar sobre a razão de sua prisão, recebeu a resposta pouco elucidativa de que não lhe podiam dizer nada (RILEY, 1994, p. 40 e 41).

O caso *Miranda v. Arizona* foi julgado em 1966 em decorrência de um pedido formulado pelo próprio réu para que se realizasse a revisão do julgamento do seu caso (RILEY, 1994, p. 70 e 72). Na ocasião, foram julgados três⁷ outros casos de confissões obtidas de forma semelhante e utilizadas como meio de prova para a condenação.

Da decisão desses casos nasce o conhecido Aviso de Miranda. Ele consiste na obrigação do Estado, na qualidade de Polícia, de esclarecer o suspeito no momento de sua prisão quanto ao seu direito de ficar em silêncio e de obter a assistência de um advogado. Desse modo, cria um padrão para a valoração judicial de confissões obtidas em circunstâncias semelhantes, capaz de determinar se a confissão produziu prova ilícita e, portanto, deve ser excluída do processo, ou, ao contrário, deve ser aceita como prova.

A posição da maioria dos juízes da Suprema Corte foi expressa pelo voto do Juiz Warren, para quem o caso propunha questões estruturais da Jurisprudência criminal americana, pois abordava a determinação de limites à liberdade pessoal em uma investigação criminal que fossem aceitáveis e condizentes com a Constituição (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

O tema poderia ser tratado a partir da Quinta ou da Sexta Emendas Constitucionais dos Estados Unidos. Dispõe a Quinta Emenda que

⁷ Em cada um deles (*Miranda v. Arizona*, *Vignera v. New York*, *Westover v. United States* e *California v. Stewart*), o réu fora interrogado por policiais, detetives ou acusadores, quando estava sob custódia da polícia, em sala onde não tinha nem poderia ter contato com outras pessoas (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). Além disso, nenhum dos réus fora avisado de seus direitos durante o processo de interrogatório.

“ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”⁸. A Sexta Emenda, por sua vez, garante que o acusado em processo criminal tenha direito à assistência de um advogado em sua defesa⁹. A defesa de Miranda optou por alegar violação à Sexta Emenda, ou seja, a nulidade da confissão de Miranda decorreria do fato de que não se lhe tinha sido facultado acompanhamento de advogado no interrogatório (RILEY, 1994, p. 50). Contudo, a discussão e o julgamento concentraram-se na aplicação da Quinta Emenda, ou seja, no direito do réu de não se auto-incriminar, mas, como se verá adiante, retomaram o tema da assistência de um advogado.

No voto majoritário, faz-se extensa referência ao caso *Escobedo v. Illinois*, julgado em 1964 (378 U.S. 478). Nesse caso, o interrogatório se dera na delegacia, sem que o réu tivesse sido cientificado de seus direitos de permanecer em silêncio, de consultar advogado e de tê-lo presente durante o procedimento. Apesar disso, o réu especificamente pedira a presença de seu advogado, o que lhe fora negado. Algemado e de pé, o acusado fora interrogado por quatro horas, até que confessasse. A confissão foi depois utilizada, em sessão de julgamento, como prova de culpa (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 1964). Na ocasião a Suprema

⁸ A tradução literal da referida Emenda é: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” A expressão destacada foi: “No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”. Observe-se que o termo “be a witness” pode adquirir também o sentido de “não produzir prova contra si mesmo”, já que no caso *Boyd v. United States*, de 1886, um dos primeiros casos a respeito da Quinta Emenda, no qual se debatia a legalidade de um mandado de exibição de documentos, já era feita tal interpretação extensiva do dispositivo (*BOYD V. United States*, 1886).

⁹ No original: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the assistance of counsel for his defense”.

Corte conclui que afirmações feitas pelo réu em tais circunstâncias não eram admissíveis constitucionalmente. Isso porque o direito de receber assistência jurídica deveria ser garantido mesmo antes da fase processual da investigação, desde que a investigação policial já se concentrasse em um suspeito específico (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 1964).

Os princípios discutidos nessa decisão foram reafirmados no julgamento de *Miranda*. A maioria concluiu que nenhuma declaração feita em interrogatório sob custódia, seja no sentido de confessar ou de negar autoria do crime, pode ser usada pela acusação, salvo ante a comprovação de terem sido plenamente assegurados os direitos constitucionais do acusado. Por sua vez, definiu-se a custódia como qualquer limitação ou prejuízo significativo à liberdade do acusado (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Logo, para que se possa utilizar em juízo as informações obtidas por meio de interrogatório, o acusado deve ser informado de que tem o direito a permanecer em silêncio, que qualquer declaração poderá ser usada como prova contra ele mesmo, e que tem o direito à presença de um advogado. Na ausência de condições de pagar por um defensor, deve ser informado de que o Estado deve designar quem o defenda¹⁰ (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Entretanto, quatro dos nove juízes da Suprema Corte (Clark, Harlan, Stewart e White) opinaram contrariamente à decisão expressa pelo Juiz Warren, em graus variados, o que demonstra como o tema era controverso, inclusive na opinião pública estadunidense (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

O juiz Clark defendeu que a violência policial era excepcional, logo não justificaria a mudança nos procedimentos policiais. Por sua vez, a decisão em *Escobedo v. Illinois* (378 U.S. 478, 1964) não imporia

¹⁰ Observe-se que no sistema estadunidense o acusado pode abrir mão desses direitos, mas deve fazê-lo de forma consciente e voluntária. Não se admite a presunção de que todos os cidadãos conhecem seus direitos. Se o réu abrir mão do direito ao silêncio, incumbe à acusação provar que o réu tinha ciência de seus direitos. Se, da mesma forma, após não recorrer ao direito ao silêncio ou à presença de advogado, o acusado mudar de ideia, o interrogatório deve cessar ou ser suspenso até que se resolva a pendência (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

a renúncia expressa dos direitos, nem obrigava a acusação a provar que essa renúncia tivesse sido livre e consciente. Pelo contrário, o reconhecimento da regularidade e legitimidade da confissão deveria buscar-se no conjunto de circunstâncias em que se tivesse realizado, não pelo cumprimento de normas procedimentais específicas (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O juiz Harlan, por sua vez, ressaltou a ineficácia desse tipo de procedimento para os poucos policiais que ainda utilizavam as táticas do *third degree*¹¹, pois o policial disposto a extorquir uma confissão de um suspeito certamente estaria disposto a mentir a respeito do aviso de Miranda. Desse modo, o objetivo da decisão da Corte não seria proteger cidadãos contra a violência policial, mas livrar o acusado de qualquer tipo de pressão e desencorajar qualquer confissão. Todavia, em seu ponto de vista, esse não era o objetivo da emenda constitucional que não proibiria a pressão *leve*, natural do ambiente policial, muito embora não defina como se poderia mensurar o grau de coação legítima no interrogatório. Argumentou que seriam indiscutíveis as diferenças entre a fase policial da investigação e a fase processual quanto aos direitos do acusado, não incidindo naquela a Quinta e Sexta Emendas, pois o próprio texto deixaria clara a necessidade de um processo para a aplicação dos direitos nelas prescritos (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

O juiz White, no mesmo sentido, entendia que a decisão não encontrava suporte no desenvolvimento histórico do princípio ou no texto da Emenda invocada. A questão da validade das confissões, antes, era decidida com base em normas infraconstitucionais. A ausência de induzimento, ameaça ou promessa no interrogatório era suficiente para que se considerassem as declarações do acusado voluntárias. Nesse contexto, a situação de custódia seria um aspecto insuficiente para sustentar a presunção de coerção. Se outras circunstâncias indicassem que o preso se manifestou voluntariamente, não haveria motivo para excluir suas declarações dos autos. O aviso, portanto, não seria necessário. Em definitiva, o custo do interrogatório não seria tão alto, considerando-se os seus benefícios (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

¹¹ Definida por Richard A. Leo (2004, p. 39) como “a imposição de sofrimento físico ou mental para obter informação” (tradução livre).

Como se percebe, a minoria compunha-se de juízes que atribuíam grande valor à confissão e viam no interrogatório um meio de prova indispensável para a condenação criminal. À época, não apenas nos Estados Unidos, mas também no Brasil, essa perspectiva era comum.¹² De igual modo, havia aqueles que consideravam impossível avaliar o trabalho policial sem revolver a matéria de fato em cada caso ou, ainda, aqueles que consideravam que na fase inquisitória não se poderia usar todos os parâmetros constitucionais de garantia, pois ainda não haveria processo.

Entretanto, o caminho para a decisão do caso esmiuçou o tema dos procedimentos policiais ilegais e de sua eficiência na resolução de casos criminais, utilizando de estudos empíricos e “CPIs” sobre a atuação da polícia. A Wickersham Commission¹³, reunida na década de 1930, foi extensamente citada no julgamento. A Corte reconheceu que a violência policial não ocorria apenas em alguns casos singulares e excepcionais, mas, ao contrário, era um padrão comum existente nas polícias estadunidenses. E, ao mesmo tempo, reconheceu que a Suprema Corte não poderia dar um aval generalizado a essas práticas de violação de direitos que, de fato, já eram conhecidas da sociedade americana.

Dessa forma, o voto majoritário reafirmou as conclusões do Wickersham Commission Report que considerara insuficiente “alcançar a justiça obtendo um resultado adequado através de meios irregulares”¹⁴ (SANKEY, 1931, *apud* Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966). Logo, prevaleceu o entendimento de que a facilitação da confissão era um elemento decisivo na consolidação da ineficiência policial quanto à descoberta de outras provas. Nesse contexto, o voto vencedor pontuou quais eram as práticas usadas pela Polícia no interrogatório que se opunham à Constituição.

¹² No contexto americano, o Wickersham Commission Report e os argumentos dos próprios juízes da Corte apresentados adiante corroboram a descrição. No contexto brasileiro, a valorização da confissão como meio de prova decorre de nossa tradição inquisitória, veja-se: CARVALHO, 2005, p. 229-252.

¹³ Comissão estabelecida pelo presidente Herbert Hoover, com o intuito de identificar as causas da criminalidade no país, e para fazer recomendações e sugestões para a formação de políticas públicas mais apropriadas.

¹⁴ Tradução livre de: “It is not sufficient to do justice by obtaining a proper result by irregular or improper means”.

Em ambiente dominado por policiais, o investigado não se sente confiante, mas amedrontado, logo o interrogador tira vantagem dessa situação. O interrogador age como se já soubesse que o acusado é realmente culpado, e toma essa culpa como um fato. A polícia chegava a recorrer a testemunhos falsos de reconhecimento do acusado ou a falsas vítimas para o associarem a outros crimes, compelindo-o a confessar as acusações do caso investigado, para se livrar das outras. As perguntas se dirigiam ao motivo e a outros aspectos semelhantes, não à autoria em si. Enfraquecida, assim, a pretensão de negar as acusações, restava ao acusado apenas confirmar a versão pré-concebida pela polícia (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966)¹⁵.

Após obter a admissão inicial da culpa amenizada, o interrogador passava a perguntas tendentes a invalidar a tese da atenuante ou da excludente de ilicitude, em busca de uma condenação pela conduta mais grave. Quando o acusado se recusava a falar, os policiais eram instruídos a conceder o direito ao silêncio, mas alertando-o de que isso seria utilizado em seu desfavor e afirmando que, se não fosse culpado, nada teria a esconder (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

É preciso destacar: a Suprema Corte reconheceu um padrão geral de atuação da polícia. Em nenhum dos casos julgados em *Miranda v. Arizona* houve indícios de que as declarações dos suspeitos tinham sido involuntárias. No entanto, os suspeitos estavam inseridos em ambiente hostil, predominantemente policial, privados de contato com o exterior e foram questionados de forma ameaçadora pela polícia. Também não foram alertados sobre seus direitos. Logo, não se poderia presumir que houvessem desistido conscientemente (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

Eis aqui o ponto mais relevante da análise elaborada pela Suprema Corte dos EUA: conhecidas as práticas policiais, por meio de relatos

¹⁵ Observou-se ainda que o investigador simulava amenizar a gravidade moral do crime, culpando a vítima ou a sociedade. Tudo isso poderia levar o investigado a confessar, acreditando não ter como negar a autoria e pensando que o crime imputado não teria sido, afinal, tão grave. Quando essas táticas não apresentavam resultado, a insistência e a atmosfera do local assumiam grande importância. O interrogatório podia durar vários dias, tendo-se registrado casos de privação de comida, água e sono (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

científicos e comissões de investigação, ainda que elas não sejam as práticas de todos os distritos policiais, pode-se antever um padrão social no qual os interrogatórios são realizados. Os dados da realidade falam mais alto e não precisam ser trazidos para um processo singular no qual se acusa um policial de tortura ou coação, mas podem ser aduzidos pelos conhecimentos recebidos de diversas instâncias políticas e científicas sobre as práticas policiais.

Entretanto, apesar de reconhecer que o ambiente policial não é favorável ao acusado, a Corte não se alinhou à tese de que qualquer confissão feita sob custódia deveria ser considerada inconstitucional, pois quando realmente voluntária, livre de qualquer tipo de induzimento, a confissão poderia ser válida e útil em juízo. Logo, tratava-se de sublinhar quais deveriam ser os comportamentos, na prática, esperados das instituições policiais e judiciárias. Aqui, a solução prática foi inverter o ônus da prova para quem, de fato, tem a possibilidade de produzi-la. Uma vez sob custódia, o réu não pode provar que foi torturado ou coagido. Quem tem o dever de provar a ausência de coação é aquele em posição de poder: o próprio Estado.

2. O PARADOXO DA IMPOSIÇÃO DE LIMITES À VIOLÊNCIA POLICIAL: O AVISO DE MIRANDA COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA PROCESSUAL E MELHORIA DAS PRÁTICAS DE INVESTIGAÇÃO

Para a Suprema Corte dos EUA, em um sistema jurídico que preza pelas garantias constitucionais dos acusados, o ônus da prova da culpa pertence ao Estado, que dele deve se desincumbir sem recorrer à força. Tendo em vista que o direito à não autoincriminação tem estreita conexão com a dignidade humana, não seria razoável aplicá-lo somente à fase processual. Se assim não fosse, todos os direitos do acusado estariam em risco, pois o próprio processo já estaria eivado, desde o início, pelo vício de uma confissão que contaminaria as demais provas.

A percepção da Suprema Corte dos EUA conduz a uma conclusão cristalina: se o Poder Judiciário não pretende fiscalizar de modo efetivo a fase policial, ele, de fato, renuncia a dar eficácia aos direitos fundamentais. Isso porque, quando alguns direitos têm eficácia eventual, em hipóteses raras, eles se tornam direitos de segunda categoria ou não-direitos. De

igual modo, o reconhecimento de direitos fundamentais apenas na fase processual poderia conferir ao legislador a possibilidade de afastar a aplicação da Constituição na medida em que definisse o que pertence a uma ou a outra fase, tornando o sistema de garantias inútil. Se a prova colhida numa fase, sem o escrutínio constitucional, é utilizada para tomar decisões interlocutórias ou para fundamentar a condenação, há evidente risco de esvaziamento da força normativa do rol de garantias.

Portanto, a Suprema Corte dos EUA declarou que o direito assegurado pela Quinta Emenda existia também na fase pré-processual, de investigação, ou seja, o direito ao silêncio deveria limitar também o trabalho da Polícia. De igual modo, afastou a distinção entre declaração que configure confissão total da acusação e admissões parciais de culpa. O direito de não ser testemunha contra si mesmo é amplo e absoluto, abrange todo e qualquer nível de culpabilidade, inclusive a negativa de culpa. Logo, a acusação não poderia fazer uso nem mesmo de alegações de inocência (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

O acusado, além de ser avisado do direito a permanecer em silêncio, deveria receber a informação de que suas declarações podem ser usadas contra ele, deixando evidenciado que ele está cercado por pessoas empenhadas em sua incriminação, pois desse modo ele pode tomar as cautelas devidas em suas declarações, caso decida fazer alguma coisa (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966). A garantia do direito à presença do advogado¹⁶ durante o interrogatório reduziria significativamente os riscos de irregularidades nesse procedimento.

Eis aqui um segundo aspecto relevante da decisão: a Suprema Corte preocupava-se com a dimensão material e concreta dos direitos dos investigados, superando uma visão formalista. Na fase policial o direito à não autoincriminação somente poderia ser garantido com a presença efetiva do advogado. Logo, não bastaria a possibilidade de assistência, de o investigado se comunicar, caso tivesse, com defensor. Trata-se da garantia efetiva presença do defensor quando o investigado está diante da polícia.

¹⁶ E a simples omissão do acusado quanto ao pedido não poderia equiparar-se à desistência. A renúncia só se caracterizaria quando expressa e posterior à ciência do direito. No entender do Tribunal, quem desconhece esse direito e, exatamente por isso, não o exerce é certamente quem dele mais necessita (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966).

O salto qualitativo produzido pelo pragmatismo da Suprema Corte Norte-Americana é evidente. Segundo a Corte, a experiência, resultante da percepção cotidiana e científica do conjunto das práticas policiais e jurídicas, justificava a tese de que a manifestação de vontade dos investigados somente estaria livremente garantida com a presença do defensor, pois este representaria um contrapeso ao poder de direito e de fato que a polícia possui e à situação de desvantagem concreta que esse poder provoca.

Por sua vez, nada, absolutamente nada, poderia substituir o aviso de Miranda, nem mesmo a experiência anterior do acusado com os procedimentos policiais. A partir do instante em que o acusado manifestasse interesse em receber assistência de advogado, nenhuma outra pergunta lhe poderia ser dirigida até a satisfação desse direito. Qualquer declaração feita em condição diversa deveria ser considerada resultado de coação, ainda que sutil (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Nesse contexto, a Suprema Corte dos EUA redefiniu a oposição presente no senso comum entre os *Interesses da Sociedade* (representada pela Polícia) em prender criminosos e os *Direitos dos Acusados*. Ela não corroborou o argumento segundo o qual deveria haver a prevalência daqueles, diante da utilidade e da necessidade do interrogatório, ou melhor, diante da necessidade de validar todo e qualquer trabalho policial, atribuindo presunção de legitimidade à atuação da Polícia. Ao invés disso, a Corte¹⁷ seguiu outra direção.

Portanto, segundo a Corte, as limitações ao interrogatório não deveriam ser vistas como obstáculos à atuação da polícia ou meios de dificultar a condenação de criminosos. Logo, a confissão sem a presença do defensor não era, de fato, imprescindível para a condenação (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966).

Em vez de considerar os direitos fundamentais como obstáculos à atuação da Polícia, a Suprema Corte dos EUA concluiu que a invalidação de provas duvidosas deveria ter um efeito de aprimorar o trabalho policial.

¹⁷ Ela reprisou as afirmações de J. Edgar Hoover (1952), antigo diretor do FBI, segundo quem: “A aplicação da lei, no entanto, ao derrotar o criminoso, deve manter invioladas as liberdades históricas do indivíduo. Prender o criminoso, mas, ao fazê-lo, destruir a dignidade do indivíduo, seria uma vitória vazia” (em tradução dos autores).

Portanto, assumiu uma postura constitucional, segundo a qual a Corte tem a obrigação de contribuir e sinalizar para o aprimoramento das práticas policiais, em vez de, simplesmente, desconsiderar os abusos cotidianos.

3. MIRANDA V. ARIZONA EM PERSPECTIVA

Em síntese, a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966) conclui que: (i) a acusação não pode se valer de quaisquer declarações obtidas por meio de interrogatório, a não ser que demonstre que o acusado teve todos os seus direitos constitucionais devidamente assegurados (p. 444-491); (ii) o ambiente policial naturalmente intimida o acusado e cabe ao Estado adotar medidas para que isso não o prejudique injustamente (p. 445-458); (iii) essas medidas consistem em avisá-lo de todos os seus direitos (p. 467-473); (iv) a vontade do acusado de permanecer em silêncio ou de consultar um advogado pode ser manifestada a qualquer momento, e deve ser plenamente respeitada (p. 473-474); (v) a melhor forma de garantir ao acusado sua capacidade de entendimentos sobre seus direitos é garantir-lhe a presença efetiva do advogado no interrogatório (p. 473-474); (vi) se não há advogado presente durante o interrogatório, incumbe à acusação provar, com os meios que lhe forem possíveis, que o acusado renunciou aos seus direitos de forma consciente; (p. 475) (vii) a garantia de todos esses direitos não traria prejuízos à investigação e à aplicação da lei penal (p. 479-491).

Houve divergências posteriores sobre o alcance do Aviso de Miranda.

Em 1976, julgou-se o caso *Beckwith v. United States* 425 U.S. 341. Nessa ocasião, definiu-se que entrevistas ou questionamentos realizados pelo Internal Revenue Service na investigação de irregularidades fiscais só deveriam ser obrigatoriamente precedidas pelo Aviso de Miranda se o interrogado estivesse sob custódia, ou seja, se houvesse privação de liberdade (*Beckwith v. United States*, 425 U.S. 341, 1976).

Em situação polêmica, onde se debatia a legitimidade dos métodos de investigação, em *Oregon v. Mathiason* 429 U.S. 492¹⁸ (1977),

¹⁸ No caso, o policial ao investigar um roubo, após tentar contato por várias vezes com um suspeito, deixou um cartão de visitas em seu apartamento,

decidiu-se que a Polícia não é obrigada a fornecer o Aviso de Miranda a todos interrogados.

A Corte de Oregon considerou o quadro como de limitação de liberdade, pois o policial estava sozinho com o suspeito em local fechado e mentiu quanto à existência de provas, dando pouca importância ao fato de que o comparecimento foi voluntário, o suspeito sabia que não estava preso e deixou o local pouco tempo depois. A Suprema Corte dos EUA, por sua vez, considerou que a Corte do Estado de Oregon fizera leitura muito ampla da decisão de Miranda. Todavia, observe-se que, embora a decisão seja passível de críticas à luz dos fundamentos utilizados no Caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), o argumento mais relevante foi, de fato, a ausência de uma situação concreta de restrição de direitos.

Entretanto, a Suprema Corte dos EUA, manteve-se alinhada a sua posição em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966). Em 1976, por exemplo, julgou-se o caso *Doyle v. Ohio* (apud LEWIS, 1979, p. 387 e 388). O réu havia sido preso por vender maconha a um informante da polícia. Após o Aviso de Miranda, permanecera em silêncio. O preso forneceu declarações apenas no tribunal, ocasião em que afirmou que a prisão havia sido realizada por armação da polícia. O silêncio que o réu mantivera no momento da prisão foi interpretado como indício de culpa, e essa estratégia da acusação levou-o à condenação em primeira instância, o que foi posteriormente confirmado pela Corte de Ohio. A Suprema Corte dos EUA, porém, considerou o uso do silêncio do réu em seu desfavor como violação do princípio do devido processo legal.

Por sua vez, o impacto das decisões da Suprema Corte dos EUA sobre os tribunais inferiores é tema complexo e tem sido objeto de extensa pesquisa. Vários tribunais não aceitam automaticamente as interpretações da Corte. No caso em questão, contudo, a reação dos tribunais foi, em

alegando que havia algo para discutir e pedindo que mantivesse contato telefônico. O suspeito compareceu voluntariamente ao posto policial, onde foi interrogado, após ter sido alertado de que não estava preso. O policial afirmou acreditar que ele estava envolvido no roubo, mas mentiu ao alegar que haviam sido encontradas digitais no local. O suspeito confessou o crime apenas alguns minutos após a sua chegada. Porém, somente depois recebeu o aviso de Miranda e gravou em fita sua confissão, tendo sido liberado (*Oregon v. Mathiason* 429 U.S. 492, 1977).

geral, favorável. Donald Songer e Reginald Sheehan (1990) avaliaram 250 casos julgados por Cortes estaduais nos cinco anos subsequentes à decisão de Miranda (50 casos por ano) e verificaram que, apesar das controvérsias que a permearam, ela foi bem aceita. De todos os casos analisados, apenas em um não se observou o seu cumprimento, e em 12 esse cumprimento se deu de forma restrita. A quantidade de decisões em conformidade surpreende, ainda mais quando se consideram estudos anteriores, que sugeriam pouco alinhamento de tribunais inferiores com a interpretação. O mesmo estudo, no entanto, mostra que a porcentagem de decisões a favor do réu mudou pouco, no mesmo período analisado, de 21,4% a 21,8%, o que sugere que, apesar de bem aceita, a decisão não alterou significativamente o número de condenações. Assim, por mais que a nova orientação tenha sido aplicada, não causou grandes alterações nos resultados (SONGER e SHEEHAN, 1990, p. 297-309).

Não obstante, a decisão *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966) foi de suma importância no desenvolvimento das regras do devido processo legal. O Aviso de Miranda, com todas as implicações que traz em relação aos direitos do acusado, especialmente quanto à declaração da ilicitude das provas obtidas inconstitucionalmente e sua exclusão do processo, foi uma decisão essencial nessa direção.

4. O DIREITO AO SILÊNCIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: O IMPONDERÁVEL VALOR JURÍDICO CONFERIDO ÀS CONFISSÕES OBTIDAS NA FASE POLICIAL SEM A PRESENÇA DO ADVOGADO

O Direito ao Silêncio sofreu várias transformações no direito brasileiro, correspondentes, sinteticamente, a duas fases, marcadas por uma série de disputas judiciais e doutrinárias. A primeira fase teve como característica principal a pacífica aplicação da redação original do Código de Processo Penal e durou até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A menção ao direito do acusado de permanecer em silêncio já constava nos debates da jurisprudência brasileira anterior a 1988. Todavia, esse direito de calar não tinha a mesma extensão que tem hoje. Os direitos do acusado se limitavam a não obrigá-lo a prestar juramento antes de depor, a restringir as perguntas que lhe poderiam ser feitas e a proibir o uso da tortura (TROIS NETO, 2010, p. 94 e 95).

As Constituições anteriores não faziam menção expressa ao direito ao silêncio. Logo, o réu deveria escolher entre fazer declarações possivelmente incriminadoras ou incoerentes, ou ter seu silêncio interpretado como indício de culpa.

Muito embora houvesse doutrinadores que afirmassem ser o interrogatório verdadeiro meio de defesa do réu (FRANCO, 1956, p. 260; FARIA, 1960, p. 283), a posição dos artigos referentes ao interrogatório no capítulo das provas, a postura inerte do advogado, sem a garantia do direito à conversa reservada e a perguntas, e a realização do ato no início do processo, sem o conhecimento da totalidade das provas, corroboravam um modelo de acusação inquisitorial para o qual o interrogatório deveria ser visto como meio de prova. Nesse contexto, ele tinha por finalidades: (i) permitir que o magistrado conhecesse a personalidade do acusado, (ii) conceder ao acusado a oportunidade de fazer conhecer sua versão dos fatos, e (iii) permitir ao juiz que analisasse as reações do acusado (ESPÍNDOLA, 1980, p. 25 e 26).

No entanto, a Constituição de 1988 estabeleceu novos direitos aos acusados, iniciando uma segunda fase de disputas judiciais, ao determinar em seu artigo 5º, LXIII, que “[o] preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, o que era uma remissão direta à doutrina do Aviso de Miranda.

Porém, a interpretação dada a esse dispositivo tem sido distinta do cenário americano. Inicialmente, em 1998, no julgamento do RE 199.570/MS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da advertência judicial prevista no art. 186 do CPP, no sentido de que o silêncio poderia ser interpretado em desfavor do réu.

Logo, para o STF a parte final do art. 186 do CPP não havia sido recepcionada pela CF/88. Dessa forma, o acusado não poderia ser compelido a depor e seu silêncio não poderia levar o julgador a fazer um juízo negativo a seu respeito. Esse pensamento foi repetido em decisões posteriores¹⁹.

¹⁹ HC 80949, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001; HC 91514, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/03/2008.

As discussões judiciais deram motivo, a seguir, para a reforma do Código de Processo Penal de 2003²⁰, que alterou o teor do mencionado artigo e lhe acrescentou um parágrafo único (“O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”). Porém, manteve o art. 198, que determina: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Por isso, apesar de a reforma não ter alterado ou revogado expressamente o artigo em pauta, deve-se considerar que ele não deve mais ser aplicado (SCARANCA FERNANDES, 2009, p. 19).

Todavia, permanece uma indefinição quanto à garantia efetiva desse direito, de modo muito semelhante ao debate estabelecido na Suprema Corte dos EUA nos anos de 1960.

Na doutrina, Aury Lopes Jr. afirma ser evidente a aplicação do direito ao silêncio ao acusado em liberdade. A Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8, n. 2, “g”, garante que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, sem qualquer distinção entre pessoas presas ou em liberdade (2011, p. 624)²¹.

Por sua vez, o art. 6º, V, do CPP, ao regulamentar a fase do inquérito, determina a oitiva do indiciado “com observância, no que for

²⁰ A partir da Reforma de 2003, o direito ao silêncio está declarado não apenas na Constituição, mas também no Código de Processo Penal. A valoração negativa do silêncio do réu é violação ao princípio da presunção de inocência e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório não é mais considerado meio de prova, mas, essencialmente, de defesa. É uma oportunidade para o réu, não um instrumento de que deve se valer a acusação. Se, porventura, o réu fizer declarações incriminadoras quando interrogado, a acusação poderá fazer uso dessas informações, mas isso não muda o fato de que o interrogatório é, em última análise, um direito do réu de defender-se. Assim, o interrogatório pode ser *fonte* de prova, mas não *meio* de prova (GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCA FERNANDES, 2010, p. 75).

²¹ Segundo a atual interpretação do STF, o Pacto de São José da Costa Rica não é equiparado a Emenda Constitucional por não ter sido aprovado nos termos do art. 5º, § 3º da CF/1988. Entretanto, tem status de norma supralegal no Brasil, e o STF tem incorporado suas determinações em suas decisões, como se pode observar: RE 349703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104; HC 87585, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118; RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104.

aplicável” das regras referentes ao interrogatório judicial. Bem se vê que a expressão não pode ser mais utilizada, após a Constituição de 1988, para relativizar direitos, pois não pode haver dois graus distintos de cidadania, conforme as fases da investigação ou do procedimento judicial. Não se pode aceitar que o legislador tivesse restringido, de forma implícita, direitos fundamentais. Nesse contexto, fica evidente que o interrogatório realizado por autoridade policial deve respeitar as garantias constitucionais e processuais do acusado.

Tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²² como a Convenção Americana de Direitos Humanos²³ mencionam o direito à assistência de um advogado e o dever do Estado de fornecer defensor aos hipossuficientes. Em nenhum dos textos se faz menção à existência do mesmo direito na fase policial, mas também não se faz menção expressa à fase processual, o que significa que esse direito pode ser garantido em todos os momentos da investigação (BOTTINO, 2009, p. 139).

No entanto, a aplicação de forma similar na fase de investigação do art. 185, referente à garantia da presença do defensor durante o interrogatório, tem sido debatida pelo STF sob a ótica anterior à Constituição de 1988²⁴.

²² Art. 14, III, d: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defender de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado “ex officio” gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

²³ Art. 8º, II, d, e: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

²⁴ Penal. Processual Penal. “Habeas corpus”. Deficiência da defesa. Irregularidade no inquérito policial. Interrogatório. Ausência de advogado. I. A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 523. II. Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação. III. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não

O argumento de que o inquérito é apenas peça informativa, somado à conclusão de que qualquer irregularidade em seus procedimentos não deveria causar nulidade processual, esbarra na inserção no art. 155, em 2008, da autorização implícita para valoração pelo Juiz das informações colhidas no Inquérito.²⁵ Logo, das duas, uma: ou se limitam as informações colhidas no Inquérito Policial apenas à função endoprocedimental de sustentar a denúncia, ou se aceitam as consequências da valoração como elemento de prova das informações ali colhidas, especialmente aquelas relativas ao controle da forma dos atos processuais, sobretudo quando a forma indica a limitação do arbítrio dos agentes do Estado. Ademais, a Reforma de 2003 modificou o teor do art. 187, IV que impedia o defensor de interferir no interrogatório. Essa proibição da participação do advogado não mais existe. Logo, o argumento de desnecessidade da presença do advogado no interrogatório policial não subsiste.

Neste contexto de despreocupação com a pressão do ambiente policial sobre a vontade dos acusados, a jurisprudência do STF sobre o tema, paradoxalmente, reforça o argumento de que a confissão na fase do inquérito policial não é apenas uma mera informação secundária. De fato, há decisões que validam e ampliam o uso dessas confissões pelo juiz:

“Habeas corpus”: Fragilidade de provas da autoria: alegação de tortura: falta de prova. Depoimento de testemunha prestado na audiência sem a presença do réu. Deficiência do patrocínio da

pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. IV. H.C. indeferido.(HC 74198, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 24/09/1996, DJ 06-12-1996). No mesmo sentido as decisões do STF: HC 73898, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 16-08-1996; HC 69372, Relator(a): Min. Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em 22/09/1992, DJ 07-05-1993; RE 136239, Relator(a): Min. Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em 07/04/1992, DJ 14-08-1992. E as decisões do STJ: HC 188.527/GO, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta turma, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011; HC 139.412/SC, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, sexta turma, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010

²⁵ “Art. 155, CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

causa: inexistência para configurarem a anulação da decisão. 1. Confissão do delito na fase do inquérito policial: se seguida da confissão, apura-se que na instrução da ação penal há elementos suficientes para a formação do convencimento do Juiz acerca da materialidade do delito, é desse e nesse conjunto probatório que se completa a prova. Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: “o que não está nos autos, não está no mundo”. (...) “Habeas Corpus” conhecido, mas indeferida a ordem. (HC 73565, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 10/06/1995, DJ 20-09-1996).

Como se depreende do trecho da decisão, a coação alegada pelo réu é ignorada porque ele, na qualidade de hipossuficiente diante do poder do Estado, deveria produzir prova contra seus eventuais torturadores. Logo, como ele não garantiu a prova de sua própria tortura, não poderá alegar que a confissão está viciada. Ademais, fora dos autos, o julgador parece desconhecer denúncias de violência policial no Brasil, razão pela qual a afirmação do réu somente poderia ser uma artimanha para enganar os juízes. Com base nesses pressupostos implícitos, observa-se que após a confissão na fase policial exige-se apenas que a instrução probatória processual complemente as declarações do acusado. Não se exige a mesma robustez probatória quando há confissão do réu, mesmo que tenha ocorrido sem respeito ao contraditório e à ampla defesa, o que enfraquece a condenação e prejudica o acusado.

As decisões que realçam o valor do Aviso de Miranda no caso brasileiro são paradoxais, pois são resolvidas nos termos da vetusta sistemática de nulidades presentes no Código de 1941 e anteriores à Constituição de 1988. É o que se depreende da seguinte ementa:

Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processo penal. Falta de informação sobre direitos constitucionais. Irregularidade no laudo pericial. Nulidade da sentença. A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo. Precedentes. Relatório médico preliminar não se confunde com laudo pericial decorrente de auto de exame de corpo de delito (CPP, art. 159/160). É no laudo que os dois peritos devem responder aos

quesitos e firmá-lo. As nulidades ocorridas até o interrogatório judicial devem ser argüidas na defesa prévia. A não interposição do pedido de declaração da sentença caracteriza a preclusão da matéria omitida. Precedentes. Recurso desprovido. (RHC 79973, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000, DJ 13-10-2000).

O relator afirmou ainda que a falta do aviso acarreta a nulidade dos atos praticados (RHC 79973, p. 423), mas a nulidade não foi reconhecida, pois se considerou que houve preclusão do pedido de declaração da nulidade, não tendo ocorrido efetivo prejuízo à defesa. A posição retomou o argumento utilizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence de que a nulidade, mesmo absoluta, precisa causar dano para ser declarada, pelo princípio do *pas de nullité sans grief*. Segundo o Ministro Pertence “nem a nulidade absoluta, mesmo de fonte constitucional, pode fugir à exigência elementar da verificação de prejuízo” (HC 78708).

A necessidade de se detectar prejuízo à defesa para que a nulidade da prova obtida sem o Aviso de Miranda seja declarada não existia na jurisprudência norte-americana até a virada conservadora que propôs a desconstitucionalização da regra da exclusão da prova ilícita.²⁶ Porém, o padrão das decisões dos tribunais superiores nacionais tem sido de desconsiderar a regra explícita da garantia constitucional.²⁷ Isso significa, na prática, que em um país com tamanha violência institucional, o Poder Judiciário considera que direitos individuais para o conjunto da população abordada pela polícia são formalismos. Como demonstra a decisão de *Miranda v. Arizona*, é imprescindível que o Supremo Tribunal

²⁶ A virada conservadora inicia-se com *Calandra v. United States* (1974), depois com *Hudson v. Michigan* (2006) e se consolida com *Herring v. United States* (2009). O principal argumento conservador é que a regra da exclusão não seria uma regra constitucional expressa e inerente ao devido processo legal. Tal argumento, no caso brasileiro, é insustentável, pois a exclusão da prova ilícita é norma constitucional. De igual modo, vinte anos depois de *Miranda v. Arizona*, Matthew Lippman (1986) já apontava decisões que tendiam a diminuir o impacto desse precedente.

²⁷ No mesmo sentido a decisão do STF: RHC 107915, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-217 Divulg 14-11-2011 Public 16-11-2011. E a do STJ: HC 66.298/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 05/11/2007.

Federal assuma uma posição proativa na luta contra a violência policial dos procedimentos de investigação.

Qual a razão para tamanha discrepância? Há um fato evidente que talvez sirva de resposta: os réus submetidos a interrogatórios nas ruas por policiais militares e nas delegacias por policiais civis, sem a presença de defensores, são na quase totalidade excluídos sociais.

Enfim, independentemente da posição quanto ao valor das informações²⁸ colhidas no inquérito, resta evidente o peso negativo de declarações incriminadoras feitas pelo acusado durante um interrogatório policial fora dos padrões constitucionais.

Os argumentos apresentados na decisão de Miranda podem ser aplicados à solução de semelhantes conflitos doutrinários no Brasil. Ainda que a fase do inquérito policial seja, por natureza, mais simples que a processual, não se pode permitir o uso em desfavor do réu de informações obtidas sem o respeito efetivo ao direito ao silêncio. Qualquer declaração incriminadora obtida num interrogatório, antes mesmo da chegada à delegacia, que não respeitou os requisitos legais e constitucionais, teria, certamente, grande influência na decisão do juiz ou dos jurados, ainda que o acusado faça uso do direito ao silêncio na fase processual.

Nesse sentido, destaca-se a relação entre direito ao silêncio, proibição da incomunicabilidade do preso e garantia da assistência do advogado e da família (5º LXIII e 136, § 3º, IV da CF; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, n. 2, d) (SCARANCA FERNANDES, 2012, p. 270). Na prática jurídica brasileira, a proibição da incomunicabilidade é interpretada de modo formal²⁹. Esse modo de entender o direito à assistência de um advogado acaba por servir apenas àqueles que, de

²⁸ Se devem ser utilizadas apenas para conferir lastro mínimo para a propositura da denúncia, se são suficientes para a condenação de qualquer investigado, se devem ser confrontadas com outras provas e indícios, se podem ser opostas às provas colhidas na fase judicial, especialmente no caso de interrogatórios com versões distintas.

²⁹ Permite-se que o preso indique e fale com um advogado se possuir um, porém, no caso do hipossuficiente, as peças do auto de prisão e flagrante são enviadas à defensoria pública após a realização do auto de prisão em flagrante, ou seja, após o acusado ter assinado a confissão, sem a presença do advogado.

fato, possuem condições econômicas suficientes para pagarem um advogado na fase do inquérito policial. Não tendo um advogado, o Estado não está obrigado a demonstrar, como está presente no Caso *Miranda v. Arizona*, que a confissão foi feita livremente. Por não existir esse ônus, as autoridades policiais também não demonstram qualquer preocupação com essa garantia.

O ciclo pouco virtuoso está estabelecido: se não há fiscalização obrigatória das confissões quanto a sua voluntariedade e espontaneidade, se as confissões são feitas sem a presença de um advogado, se as confissões serão utilizadas caso haja outros indícios, se a confissão negada na fase processual será confrontada com a obtida na fase policial – logo, a confissão transforma-se no principal caminho, senão o único, para a obtenção de provas, e, na busca desse caminho a violência policial se institucionaliza.

O debate no julgamento do Caso *Miranda* traz um alerta fundamental: a violência policial não se estabelece e se consolida apenas porque é uma prática institucional corporativa interna aos órgãos de repressão. O Poder Judiciário tem um papel relevante na validação, ainda que pelo silêncio, das práticas de investigação utilizadas pela Polícia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa Corte Constitucional tem fechado os olhos para uma cultura institucional de violência e de desrespeito aos direitos individuais que está largamente documentada e presente nos noticiários cotidianos, nos documentos das organizações de Direitos Humanos, nos relatórios oficiais, nas comissões parlamentares e na literatura científica sobre o tema. Ao contrário da perspectiva adotada no Caso *Miranda v. Arizona*, o Supremo Tribunal Federal considera razoável inverter o ônus da regularidade da confissão para o acusado que foi custodiado e confessou sem a assistência de um advogado. Apesar da hipossuficiência evidente dos acusados, decorrente de sua submissão a uma polícia militarizada, de sua custódia numa delegacia, do grau de escolaridade e de exclusão econômica da maioria da clientela do sistema penal, exige-se que ele comprove o prejuízo decorrente da violação de um direito fundamental pelas instituições brasileiras.

De outra parte, atribui-se muito valor às informações produzidas pelas confissões ou depoimentos obtidos na fase policial, e isso dá abertura a condenações infundadas. Se os elementos obtidos durante o inquérito não têm de seguir os requisitos processuais, previstos constitucionalmente, então não deveriam servir à delimitação da culpa ou como base para fundamentar a propositura da denúncia. Tais elementos necessitam ser valorados de acordo com a violação ou o respeito às garantias constitucionais do devido processo, devendo ser excluídos quando não respeitam os requisitos descritos em *Miranda versus Arizona*. Porém, não é isso o que se tem observado na construção jurisprudencial.³⁰

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao respeito às garantias constitucionais dos suspeitos adota uma postura que corrobora inúmeras condenações obtidas com a violação à Dignidade Humana de grande parcela da população. Falta à nossa Corte Constitucional a preocupação pela Justiça que é oferecida, no cotidiano, às massas que são encarceradas. A ênfase no caso, no processo singular, não pode olvidar a importância da decisão em uma dimensão relevante do garantismo constitucional, a dimensão institucional da Justiça. De igual modo, a afirmação de que faltam provas para se concluir que o réu foi coagido em algum grau é, no mínimo, partidária. Partidária de uma cultura da violência e do desrespeito.

Por fim, como demonstra *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), há soluções judiciais que podem ser adotadas. É necessário desautorizar as práticas de confissão forçada, exigindo-se as garantias mínimas na produção da confissão. Isso pode ser feito vencendo-se a interpretação de que a assistência do advogado somente deve ser materialmente garantida no interrogatório judicial. Ao invés disso, é preciso reconhecer que o direito ao silêncio não existe se o suspeito ou indiciado não está assistido por um defensor.

No caso brasileiro, a lei 13.245/2016 trouxe inovações, pois ampliou as prerrogativas de participação dos advogados nos inquéritos

³⁰ Estamos de acordo com Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner, para quem: “O inquérito tem por finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo e o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocessuais que se façam necessárias no seu curso” (2015, p. 222).

policiais. Muito embora ainda não tenha introduzido a “investigação criminal defensiva”³¹, existente no sistema acusatório estadunidense, alterou o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), determinando a inclusão do inciso XXI -, segundo o qual é direito do advogado: “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.” Há, portanto, a nulidade do interrogatório quando ao advogado for negada a presença no interrogatório, conforme dispõe expressamente o referido artigo.

Por sua vez, a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. A referida Resolução impulsionou a judicialização mais célere do encarceramento preventivo, o que é apontado como uma medida para diminuição das arbitrariedades policiais.

Entretanto, nenhuma dessas medidas realiza plenamente o percurso do julgamento de *Miranda v. Arizona*, pois este provoca a exclusão de qualquer confissão (ou informação) obtida, por exemplo, por policiais nas ruas. Além do mais, em *Miranda*, a ilicitude e a conseqüente exclusão são provocadas pela violação dos direitos dos cidadãos. Logo, nesse caso a presença do advogado é retratada de modo instrumental à preservação do direito à não auto-incriminação, ao invés de ser considerado como um direito autônomo para a tutela das prerrogativas profissionais, como ocorre na lei 13.245/2016.³²

³¹ Segundo Zanardi: “A investigação criminal defensiva pode ser entendida como a possibilidade da defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando” (2016, p. 200).

³² A decisão em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966) também não era suficiente para resolver todos os problemas referentes aos interrogatórios dos acusados. Como argumentam Elsen e Rosett, para haver mudanças efetivas nos padrões dos interrogatórios dos acusados seria imprescindível reformas nos registros, na forma e no tempo de prática desses atos, o que dependeria

Miranda v. Arizona sugere que é possível desencorajar as práticas de confissão forçada, negando seu valor probatório, mas a partir de uma perspectiva sistêmica sobre o modo como a violência é produzida e tolerada. Isso somente pode ser feito vencendo-se a interpretação de que a falta do Aviso de Miranda e a falta da presença efetiva do defensor seriam nulidades sanáveis pela preclusão ou que dependeriam da demonstração de prejuízo. Ao invés disso, é preciso reconhecer a dimensão pública da violação desse direito individual, atribuindo o valor devido de prova ilícita e, desse modo, recusando o trabalho de investigação que não respeita os direitos fundamentais.

Esse caminho pode ser paralelo à reforma legislativa. Embora útil para pacificar o tema, a inserção de dispositivo legal explícito não é necessária. A interpretação constitucional, todavia, seria decisiva para introduzir exigências formais capazes de provocar a mudança dos padrões institucionais de garantia de direitos, pois obrigaria a presença dos advogados antes mesmo da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Diante do exposto, retoma-se o problema delimitado na introdução deste artigo: confissões e depoimentos feitos diretamente aos policiais e sem a presença de um advogado podem ser considerados válidos? A admissibilidade das informações colhidas em interrogatórios nos quais o cidadão se defronta, sem assistência de um defensor, com o poder de fato das autoridades policiais, deve ser resolvido tendo em conta a hipossuficiência decorrente dessa situação fática³³. Não há liberdade para exercer o direito à não autoincriminação quando o cidadão está, sob custódia, diante dessas autoridades. Portanto, cabe ao Estado garantir de maneira imediata a assistência jurídica ou aceitar o ônus de que confissões e/ou depoimentos feitos diretamente aos policiais, por

de mudanças institucionais e legislativas. Todavia, a decisão trouxe tema para o debate público, impondo a necessidade de mudanças (1967, p. 645-670).

³³ Nesse sentido, a necessidade de máxima eficácia das garantias constitucionais, como aponta Aury Lopes Jr., precisa ser considerada como “limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar)” (2012, p. 91). E, ainda que “no Processo Penal, forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade.” (LOPES JR., 2015, p. 23).

cidadãos sob custódia e sem a assistência de um advogado, sejam considerados como prova ilícita e, por consequência, excluídos do processo para qualquer finalidade.

BIBLIOGRAFIA

BECKWHIT V. UNITED STATES, 425 U.S. 341, 1976. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/425/341.html>>. Acesso em 28 dez. 2017.

BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

BOYD V. UNITED STATES, 1886. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/116/616.html>>. Acesso em 29 dez. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. Diálogos constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, a. 1, n. 4, p. 1443-1490, jan. 2015.

CARVALHO, Salo. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 2, n. 2, p. 229-252, jan-jun 2005.

DUARTE, Evandro C. Piza, QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa, GARCIA, Rafael de. A Rebelião da Prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): opressão racial, encarceramento em massa e os deslocamentos da retórica da igualdade. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza (orgs). *Criminologia e Cinema: narrativas sobre violência*. São Paulo: Marcial Pons; Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2016.

ELSEN, Sheldon H.; ROSETT, Arthur. Protections for the Suspect under Miranda v. Arizona. *Columbia Law Review*, v. 67, n. 4, p. 645-670, 1967. <https://doi.org/10.2307/1121083>

ESCOBEDO v. ILLINOIS, 378 U.S. 478, 1964. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478>>. Acesso em 19 set. 2017.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2010.

LEO, Richard A., e KOENIG, Alexa. Police Interrogation and Coercion in Domestic American History: Lessons for the War on Terror. In: NUSSBAUM, Martha and ANDERSON, Scott (eds.). *Torture, Law and War: what are the moral and legal boundaries of the use of coercion in interrogation?* Chicago: University of Chicago Press, 2010.

LEO, Richard A. The Third Degree and the Origins of Psychological Interrogation in the United States. In: LASSITER, Daniel (ed.). *Interrogations, Confessions, and Entrapment*. Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2004. https://doi.org/10.1007/978-0-387-38598-3_3

LEWIS, Peter W. *Criminal Procedure: the Supreme Court's view*. St. Paul: West Publishing Co, 1979.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 65–83, 1989.

LIPPMAN, Matthew. *Miranda v. Arizona: Twenty Years Later*. *Criminal Justice Journal*, v. 9, p. 241-290, jan. 1986.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>

MIRANDA V. ARIZONA, 384 U.S. 436, 1966. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=436>>. Acesso em 19 set. 2017.

OREGON v. MATHIASON, 429 U.S. 492, 1977. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/429/492.html>>. Acesso em 19 set. 2017.

RILEY, Gail Blasser. *Miranda v. Arizona: rights of the accused*. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1994.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. A Mudança no Tratamento do Interrogatório. *Boletim IBCCRIM*, ano 17, nº 200, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SONGER, Donald R.; SHEEHAN, Reginald S. Supreme Court Impact on Compliance and Outcomes: Miranda and New York Times in the United States Court of Appeals. *The Western Political Quarterly*, Vol. 43, No. 2, 1990, p. 297-316. <https://doi.org/10.1177/106591299004300206>

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e Suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 8, n. 14, p. 191-216, 2016.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradecemos a João Victor Martins pela revisão de forma no texto final.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Gabriela Ponte Carvalho*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Evandro Piza Duarte*: projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou auto-plágio. O presente texto foi motivado pelas pesquisas efetuadas em decorrência do Projeto UnB/Direito, “Quem é o Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas: A dinâmica e influência dos preconceitos raciais e sociais na identificação e definição das condutas de usuário e traficante de drogas pela polícia”, selecionada no âmbito do Edital nº 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, o qual resultou nas atividades de pesquisa para elaboração da monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito de Gabriela Ponte Carvalho.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 25/09/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/10/2017
- Avaliação 1: 31/10/2017
- Avaliação 2: 03/11/2017
- Avaliação 3: 12/11/2017
- Decisão editorial preliminar: 14/11/2017
- Retorno rodada de correções 1: 30/12/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 14/01/2018
- Retorno rodada de correções 2: 09/02/2018
- Decisão editorial final: 16/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. As Abordagens Policiais e o Caso Miranda v. Arizona (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 303-334, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.109>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Persecução Penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal*

A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública

The absolute nullity by the non intervention of the public prosecution in essential acts of the public penal action

Francisco Ortêncio de Carvalho¹

Ministério Público do Estado de Pernambuco – Recife/PE

ortenciocarvalho@gmail.com

 lattes.cnpq.br/1942703566599103

 orcid.org/0000-0001-5479-5142

RESUMO: A realização de atos essenciais no processo penal, precipuamente de audiências de instrução criminal, sem a participação do Ministério Público, viola o sistema acusatório. Tal constatação demanda da *intelligentsia* uma revisitação do tema [espécies dos atos jurídicos processuais penais (estruturais e acessórios) e seus efeitos], para corrigir o problema da inobservância do paradigma do sistema acusatório, que tem provocado precedentes jurisprudenciais controversos e caóticos, sendo nítido o paradoxo entre a ciência e a práxis jurídica. O propósito é reexaminar o tema a partir do *cross-examination*, sendo primordial a percepção e a classificação adequadas das espécies dos atos jurídicos processuais, com uso de premissa que distinga ato essencial, de ato acessório, e seus efeitos. Este trabalho neutraliza a controvérsia da ausência do Ministério Público em audiência ser ato nulo ou anulável, aprimorando o estado da arte com o reconhecimento de que a inquirição direta das testemunhas é ato essencial e sua ausência acarreta nulidade absoluta. Os atos essenciais não podem ser realizados sem seu autor e tratá-los como se fossem secundários

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais - UMSA, com pós-doutorado em Direito pela *Università degli Studi di Messina/Itália*. Membro do Conselho Editorial da Núria Fabris Editora (Porto Alegre/RS). Membro do Ministério Público do Estado de Pernambuco (promotor de Justiça).

provoca *error in procedendo*. O *pas de nullité sans grief* somente se aplica aos atos acessórios. O modelo epistemológico proposto funciona como premissa fundamental de interpretação do tema, contribuindo com o avanço da grande área.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; ausência do Ministério Público; *cross-examination*; ausência de ato essencial; nulidade absoluta.

ABSTRACT: *The practice of essential acts on criminal proceedings, especially criminal investigation hearings, without the participation of public prosecution, violates the adversarial system. This finding demands a revision of the theme [species of criminal procedural acts (structural and accessories) and their effects], by the intelligentsia, to correct the problem of non-compliance with the paradigm of adversarial system which has caused controversial and chaotic legal precedents and it is clear the paradox between science and legal praxis. The proposal is to re-examine the theme, by the cross-examination paradigm, pointing out that it is out of the utmost importance a proper perception and classification of the legal acts species, using a premise in which one can distinguish what is an essential from what is an accessory act, and its effects. This study neutralize the controversy over criminal investigation hearings without the participation of public prosecution being a void or voidable act, improving the state of the art with the acknowledgement of the direct inquiry of witnesses is an essential act and its absence entails absolute nullity. The essential acts cannot be carried out without their plaintiff and treating it as if it were secondary is an error in procedendo. The pas de nullité sans grief only applies to accessories acts. The epistemological model proposed works as a fundamental premise of interpretation of the theme, contributing to the advancement of the big area.*

KEYWORDS: *criminal proceedings; absence of public prosecutor; cross-examination; absence of an essential act; absolute nullity.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da antiga configuração normativa: premissa superada; 2. Da atual configuração normativa: premissa vigente; 3. Os sistemas processuais penais: inquisitório e acusatório; 3.1. Gestão da prova no sistema acusatório; 4. Da violação do devido processo legal; 5. Das nulidades no direito processual penal; 5.1. Ato processual penal e nulidades: breves considerações; 5.2. Reflexos das distorções na jurisprudência; 6. Proposta de premissa de balizamento para interpretação do tema; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Práxis recente vem chamando a atenção de parte do mundo jurídico, precipuamente na seara processual penal: a realização de audiências e a prática de outros atos essenciais sem a participação do representante do Ministério Público. Houve o registro no Brasil, inclusive, de uma recomendação nesse sentido confirmada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (PCA nº 0000071-07.2015.2.00.0000).² Trata-se da Recomendação nº 01, de 13 nov. 2014, do Conselho Superior da Magistratura do Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco,³ que autoriza juízes de primeiro grau a realizarem audiências estando ausente o promotor de Justiça, titular da ação penal pública. A história registra que noutros tempos (antes da CF/1988) havia, excepcionalmente, a nomeação de promotor *ad hoc*, mas nunca a realização do ato estando ausente o Ministério Público, sendo este essencial, e não apenas *eventual*,⁴ à administração da Justiça no modelo constitucional vigente. O retrocesso, pois, é manifesto.

O tema tem causado muita celeuma, sobretudo em face de decisões em diversos sentidos: ora entendendo que se trata de nulidade absoluta,⁵

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. PCA nº 0000071-07.2015.2.00.0000. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=48307&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Recomendação nº 01/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/74366033/djpe-17-07-2014-pg-380>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

Recomendação nº 01/2014, de 10 de julho de 2014 (Protocolo nº 77866/2014), do Exmº Sr. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves, Presidente do Conselho da Magistratura de Pernambuco: “Recomenda aos Juízes do primeiro grau que, mesmo na ausência do representante do Ministério Público, sejam realizadas as audiências de instrução e julgamento designadas, desde que o parquet tenha sido regularmente intimado para o ato processual respectivo”.

⁴ LIMA, Charles Hamilton Santos; CARNEIRO, André Silvani da Silva. *A função do Ministério Público é essencial, não apenas eventual*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-17/mp-debate-funcao-ministerio-publico-essencial-nao- apenas-eventual>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70054048624. Terceira Câmara Criminal. TJRS. Relator: Jayme Weingartner Neto. Julgado em 13/03/2014. Diário da Justiça do dia 17/06/2014.

ora que se caracteriza nulidade relativa,⁶ aplicando-se a regra *pas de nullité sans grief* - segundo a qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa - o que induz à perfunctória percepção de ser o tema complexo. Entretanto, observando que o cerne da questão é inerente ao novo paradigma estabelecido pela Lei nº 11.690/08, que modificou a sistemática processual penal alterando o modelo presidencialista de condução de audiências pelo magistrado, percebe-se que a questão não é complexa para se responder à pergunta: tal espécie de nulidade é absoluta ou relativa? Nesse sentido destaca Pacelli que:

[...] enquanto a nulidade relativa diz respeito ao interesse das partes em determinado e específico processo, os vícios processuais que resultam em nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer (presente, passado e futuro) acusado, em todo e qualquer processo. O que se põe em risco com a violação das formas em tais situações é a própria função judicante, com reflexos irreparáveis na qualidade da jurisdição prestada.⁷

Embora esse fato produza impacto direto na qualidade da prestação jurisdicional penal, que deve ser resultado de um processo que obedeça às normas cogentes, os tribunais brasileiros, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), não têm tratado o assunto com a profundidade que ele merece, embasando seus posicionamentos no antigo paradigma que regia a matéria: sistema presidencialista de condução de audiências. Uma revisitação do tema, sob a ótica do paradigma do *cross-examination*, se faz necessária para uma adequada percepção das espécies dos atos processuais penais praticados em audiência, com a busca das premissas apropriadas a um silogismo coerente. Eis o propósito deste artigo.

Para uma percuciente análise dos fatos, com percepção otimizada, se faz necessária a delimitação das premissas capazes de sustentar uma conclusão coerente. A atividade hermenêutica se desenvolve a partir da

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. RHC 14378 / PR Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2003/0060121-3. Relator: Ministro Felix Fischer. T5 – Quinta Turma. Julgado em 18/05/2004. DJ 07/06/2004 p. 239.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 390.

construção de raciocínio lógico-dedutivo e a validade da conclusão a que se chega, diante de uma situação concreta, depende diretamente do cotejo apropriado entre as premissas estabelecidas, ou seja, a interpretação das premissas deve ser adequada, sob pena de invalidar a conclusão do conhecimento produzido. E é justamente na fixação das premissas necessárias para raciocinar a presente situação que se verifica a necessidade de se levantar alguns tópicos fundamentais para o desenvolvimento de um raciocínio elaborado, apresentado sob a forma de argumentos, onde as conclusões devem ser sustentadas por *premissas* coerentes e plausíveis. Para isso é imprescindível a compreensão do paradigma que rege a matéria processual penal no Brasil, neste momento histórico.

1. DA ANTIGA CONFIGURAÇÃO NORMATIVA: PREMISSA SUPERADA

Um olhar atento sobre o paradigma estabelecido pela Lei n. 11.690/08, que alterou dispositivos relativos à prova, conduz à percepção de que houve mudança do cenário jurídico que rege a matéria, precipuamente no que tange ao modelo presidencialista, no qual o juiz conduzia a audiência e fazia diretamente perguntas às testemunhas, cabendo às partes, em caráter suplementar, fazer reperguntas após o juiz, complementando a inquirição. O juiz, pois, era o primeiro a colher prova em audiência, suplementado pelas partes. Como registra Nucci, portanto, “a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas [...]”.⁸

Registra a história dos precedentes acerca das nulidades que a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 19.085/GO, ainda no ano de 2003, entendia que nesse modelo presidencialista a ausência do MP causava, quando muito, nulidade relativa, condicionada à demonstração do prejuízo, se aplicando a regra inculpada no art. 564, III, “d”, do CPP, prevalecendo o princípio *pas de nullité sans grief*. Entretanto, Tourinho Filho entendia que mesmo na sistemática anterior à mudança de paradigma ocorrida em 2008, tal espécie de nulidade seria absoluta:

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 430.

Observa-se que o art. 572 está assim redigido: *As nulidades previstas no art. 564, nº III, letras d e e, segunda parte, g e h, e nº IV, considerar-se-ão sanadas...* Sem dúvida a expressão *segunda parte*, contida no texto, refere-se tanto à letra *d* como à letra *e*. Não fosse assim, o texto diria: ... *no art. 564, nº III, letra d, e, segunda parte, g e h...* Disse entretanto: *letras d e e, segunda parte*. O que nos leva a tal resultado semântico é a própria gramática do texto; o legislador faz seguir um adjunto adverbial de localização, no art. 564, adjunto marcado pela preposição *em*, uma série de apostos, como as expressões *nº III, letras d e e segunda parte, g e h, nº IV*. O aposto é uma seqüência que diz respeito ao um ser, explicitando-o. O primeiro ser explicitado, na espécie, é o adjunto adverbial *no art. 564*, que sofre uma explicitação restritiva *nº III*. Este, por sua vez, é explicitado restritivamente pelas posições *letras d e e, g e h, e nº IV*. Assim, também, as oposições *letras d e e* vêm explicitadas por uma oposição *segunda parte*, restritiva delas. Logo, o oposto *segunda parte* refere a ambas as letras. Então o não-comparecimento do ministério público em qualquer termo da ação por ele intentada implica nulidade insanável. Mas, se se tratar de ação penal pública intentada mercê de queixa (art. 29), a nulidade é sanável, nos termos do art. 572 do CPP. (sic)⁹

Porém, independentemente das posições divergentes à época, acerca da matéria, esse modelo descrito pela velha redação do art. 212, do CPP¹⁰ não existe mais, de modo que insistir em utilizar essa premissa, um paradigma inerente ao antigo modelo presidencialista anterior à Lei nº 11.690/08, é um equívoco. Logo, os precedentes que se baseiam no antigo modelo não podem servir de base a uma conclusão cientificamente válida.

2. DA ATUAL CONFIGURAÇÃO NORMATIVA: PREMISSA VIGENTE

Com o advento da lei nº 11.690/08, os papéis desempenhados pelos protagonistas da atuação processual penal mudaram. Agora é o

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2. p. 209.

¹⁰ Antiga redação do Art. 212, do CPP: “*As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida*”. Destaques nossos.

magistrado quem faz as perguntas complementares àquelas formuladas pelas partes, conforme estabelece o parágrafo único, do art. 212, do CPP: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” É nítido que os papéis e os momentos da atuação do Ministério Público, da Defesa e do Juiz, em audiência, modificaram-se.¹¹ O atual paradigma é caracterizado pelo sistema de inquirição direta das testemunhas. A reforma, afastando-se do sistema presidencialista, adotou o sistema de inquirição direta ou do *cross-examination* que, nos Estados Unidos, se baseia no *adversary system*, em que o juiz se situa em posição secundária na produção das provas.¹² Nesse sentido Arantes Filho conclui que:

A alteração do Código de Processo Penal, operada pela Lei nº 11.690, de 2008, evidencia a introdução de alguns dos aspectos do “cross-examination” no direito processual penal brasileiro: a formulação direta de perguntas pelas partes e a subsidiariedade da feitura de perguntas pela autoridade judicial (art. 212, caput e parágrafo único).¹³

Não é preciso gastar rios de tinta para ensejar a compreensão de que no atual modelo normativo a atuação do representante do Ministério Público em audiência, precipuamente quando da oitiva das testemunhas por ele arroladas, é imprescindível, indispensável à produção de provas, eis que o ato de fazer perguntas diretas às testemunhas, pelo autor da ação, é *essencial*, uma vez que o juiz fará as perguntas complementares. Por dedução lógica, a falta de ato essencial causa nulidade, e esta é absoluta, pois o prejuízo é presumido, conforme o sistema de nulidades. Logo, a

¹¹ Atual redação do artigo 212, do CPP: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Destaques nossos.

¹² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 194.

¹³ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 223-224.

produção da prova testemunhal “deve ocorrer com a presença das partes, em contraditório, perante a autoridade judicial”.¹⁴

A estrutura do atual modelo de realização de audiências criminais é composta pelos seguintes atos: a) *1º ato* - perguntas diretas pelo autor da ação para ouvida das testemunhas arroladas na exordial acusatória; *2º ato* - perguntas diretas pela defesa; *3º ato* - perguntas complementares pelo juiz, ou b) *1º ato* - perguntas diretas pela defesa para oitiva das testemunhas por ela arroladas; *2º ato* - perguntas diretas pelo Ministério Público; *3º ato* - perguntas complementares pelo juiz. Tanto as perguntas diretas do autor da ação, quanto da defesa, na inquirição de suas testemunhas, são atos estruturais, essenciais no atual modelo. Não são, pois, meros atos acessórios, dispensáveis. Para Mossin:

Não resta a menor dúvida de que há atos processuais essenciais e atos processuais acidentais no âmbito da sistemática processual penal. Os atos processuais essenciais são imprescindíveis, insubstituíveis para a formação e o desenvolvimento regular da instância [...]. A ausência ou inexistência desses atos estruturais implica a nulidade absoluta do processo, independentemente do eventual prejuízo às partes, já que este se presume.¹⁵

Embora o modelo vigente esteja posto, de maneira clara, pelo ordenamento jurídico, consistindo no sistema do *cross-examination*, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro confirmou recomendação em sentido contrário, possibilitando que juízes realizem audiência criminal sem que esteja presente o representante do Ministério Público, sob o fundamento de ser ato acessório, desconsiderando totalmente o paradigma que rege a matéria.

Ademais, é importante consignar a partir da lição de Gloeckner, que “a forma processual penal não é simplesmente uma mera ritualística.

¹⁴ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 123.

¹⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 44.

Nela cristalizam-se os direitos fundamentais cuja inaplicabilidade fere a própria legitimação da pena”.¹⁶

3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

No paradigma anterior a 2008 se percebiam resquícios do inquisitorialismo brasileiro como ponto nevrálgico ainda persistente nos tempos atuais, no qual se baseia o CNJ de maneira equivocada. Embora a doutrina esposasse que o inquérito policial tenha caráter eminentemente “inquisitivo” e o processo penal, em sentido estrito, tenha caráter acusatório, cuja junção dos dois sistemas - da fase policial e da fase processual - tenha sido chamado de sistema misto que, nas palavras de Giacomolli era “um ‘ambíguo garantismo inquisitório’, um ‘corpo com duas cabeças’, sem alteração das estruturas”,¹⁷ o inquisitorialismo brasileiro mantinha-se presente na legislação quanto à definição de modelo inerente também à fase processual, sem que houvesse um contraditório puro. Aliás Amaral, com um olhar histórico, afirma que “não estamos imersos em nenhuma análise a partir de ditos *sistemas processuais penais puros* – todos são em maior ou menor medida mesclados”.¹⁸ Acontece que a Constituição de 1988 é clara ao adotar o sistema acusatório, sem a possibilidade de resquícios de viés inquisitorial.

Em decorrência disso, mesmo após a CF/1988, o modelo infra-constitucional mantinha resquícios de atos inquisitórios dentro do processo penal em sentido estrito, a exemplo das partes que – à exceção do rito procedimental do júri que é de inspiração inglesa – não tinham direito sequer de indagar diretamente as testemunhas e deveriam fazê-lo através do filtro do magistrado que, analisando a pertinência das perguntas sugeridas, delas se apropriava, reformulando-as para, em seguida, ditar as respostas da testemunha - prevalência da forma escrita sobre a oral -, o que fazia da maneira que melhor lhe conviesse, por vezes deturpando - sem que

¹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 340.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008. p. 7.

¹⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. Nas entranhas do processo penal: para uma viragem democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, 2014. p. 27.

isso seja necessariamente entendido como intencional ou consciente -, na síntese externada ao ditar ao escrivão, o que foi descrito pela testemunha.

Num sistema integralmente acusatório isso não é admitido, sob pena de se caracterizar um inquisitorialismo disfarçado. Apesar da Lei 11.690/08 ser clara, “o sistema brasileiro acaba conformando na realidade concreta um sistema inquisitório, através da deformação a que são submetidas na prática as previsões legais”.¹⁹ Assim, insistir o CNJ, diante do modelo posto, que a inquirição das testemunhas do rol da denúncia possa ser feita somente pelo juiz é repriminar tais resquícios que foram abolidos, em conformidade com o mandamento constitucional, pela reforma de 2008 que definiu que a inquirição direta das testemunhas cabe às partes. Logo, os precedentes do STJ e o posicionamento do CNJ acerca do tema aqui tratado, da forma como estão, deixa “claro que o sistema permanece preso às amarras do inquisitorialismo”.²⁰

3.1. GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

No sistema acusatório há papéis bem definidos para todos os envolvidos e, visando também à preservação dos princípios da imparcialidade e da inércia do juiz é que a inquirição direta das testemunhas em audiência, na reforma de 2008, passou para as partes, sobretudo para o Ministério Público que tem a incumbência de provar o por ele alegado.

Afora os fundamentos da essencialidade do ato, o comprometimento da imparcialidade do julgador - ser humano que é - também é causa de prejuízo presumido, pois a ausência de neutralidade quando aliada à postura ativa na colheita da prova revela a prejudicialidade do modelo, inserida na concreta probabilidade de quebra da imparcialidade. Assim, o modelo do contraditório é o que se apresenta como mais apropriado para minimizar a possibilidade de quebra da imparcialidade - por conta da ausência de neutralidade daquele que gere a prova -, e foi esse o espírito da reforma de 2008. Em atenção ao contraditório o juiz julga com o que lhe for trazido pelas partes, evitando, com isso, que ele primeiro decida

¹⁹ KHALED JR. Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro*. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. p. 293.

²⁰ KHALED JR. Salah Hassan. *O sistema processual penal brasileiro*. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. p. 307.

mentalmente – devido ao que Cordero chamou de “captura psicológica do magistrado”,²¹ pressupondo o “primado da hipótese sobre o fato”²² – e depois busque as provas que lhe sirvam para justificar o prévio “acerto mental”.

Considerando que o julgador é um ser humano e, como tal, na prática, não pode ser considerado neutro em relação àquilo que julga, Barroso refere-se à teórica neutralidade jurídica e consigna que a mesma, “pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influencias sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção”.²³ Assim, em razão até mesmo das peculiaridades inerentes à natureza humana não pode o juiz, salvo nas hipóteses do artigo 156 do CPP, ser o gestor direto da prova.

Admitir que o próprio juiz, que deve ser imparcial, venha a gerir diretamente a prova, levou Lopes Júnior a consignar que:

A situação é ainda mais grave quando o Ministério Público não está na audiência e, diante da ausência do acusador, assume o juiz esse papel, formulando as perguntas. Neste caso, mais do que protagonista, o juiz assume uma postura substitutiva do acusador, em flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório, a imparcialidade e a própria igualdade de armas.²⁴

Entretanto, a sinalização da jurisprudência hoje majoritária, precipuamente do STJ, autoriza o juiz a fazer o papel que deve ser reservado ao Ministério Público dentro de um sistema acusatório, ferindo, por via de consequência, o próprio texto constitucional, inclusive os princípios do contraditório e do devido processo legal, lembrando ainda, conforme consignou Giacomolli, “que o contraditório não é monopólio da defesa”.²⁵

²¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 194.

²² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 106.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 654 e 655.

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 192.

Os argumentos refratários à consolidação do sistema acusatório não levam em conta, ainda, que a perversidade do sistema inquisitório ao permitir que o juiz seja o gestor direto da prova e venha ele, mesmo inconscientemente, conduzir essa coleta para favorecer a hipótese mental previamente elaborada - seja ela qual for -, possa causar injustiça. E é por conta dessa questão de ordem psicológica que a mecânica adotada pela antiga redação do art. 212 - antes da reforma de 2008 - implica em reconhecer um prejuízo às partes, tanto ao acusado quanto ao Ministério Público, seja porque prejudica sua função de parte no processo, seja porque como *custos legis* também lhe interessa um processo justo. E esse prejuízo é também presumido pela ausência de imparcialidade judicial aliada à adoção do sistema acusatório pleno no processo penal, onde as partes é que são as gestoras diretas da prova, sendo a função do juiz pautada, em regra, pelo princípio da inércia.

Toda estrutura constitucional brasileira legitimadora do sistema acusatório demanda uma mudança de postura do CNJ, neutralizando o foco inquisitório dado por aquele colegiado ao tema em questão, aduzindo ainda Guimarães que:

Este modelo de juiz como único gestor da prova e, assim, com exclusão da efetiva participação das partes nesse processo é nocivo e conduz a decisões tortas. Ademais, praticamente reduz o contraditório e ampla defesa a tabula rasa na audiência de instrução, justamente no momento em que estes princípios seriam de fundamental importância.²⁶

Para Giacomolli “o que estiver despido do contraditório, não é ato probatório, podendo constituir-se em ato de investigação”.²⁷

Ademais é pertinente consignar, quanto aos poderes instrutórios do juiz, que eles continuam relacionados à atividade probatória em geral, incluindo a fiscalização do exercício da produção da prova

²⁶ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 490.

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008. p. 22.

diretamente pelas partes em audiência, com a possibilidade do magistrado formular questionamentos à pessoa examinada, mas, destaque-se, em caráter subsidiário.²⁸

4. DA VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Deve-se citar alguns exemplos, não raros, extraídos da prática forense: a) imagine-se uma audiência de instrução criminal para oitiva de testemunhas arroladas no corpo da denúncia, ausente (e aqui não se cogita das razões da ausência) o promotor de Justiça. Iniciada a audiência, o juiz passa(ria) a palavra à acusação que se encontra ausente. Sem essas perguntas passa-se a palavra à defesa e, em seguida, o magistrado faz as perguntas suplementares, ferindo o princípio do contraditório em face da ausência do autor da ação, bem como o princípio da igualdade processual; b) noutra hipótese, encontram-se ausentes promotor e advogado e o juiz conduz sozinho a audiência, produzindo prova; c) o juiz inicia a audiência e pergunta diretamente à testemunha, em seguida passando a palavra à defesa, dá por encerrada a instrução, sem sequer colher as alegações finais do Ministério Público e sentencia. Tudo isso praticado sob o argumento da inexistência de prejuízo que, aliás, como enfatizou Alexandre Morais da Rosa, “no Brasil opera o discurso do 'jeitinho', e a 'ausência de prejuízo' funciona como recurso retórico”.²⁹

As hipóteses acima referidas caracterizam *error in procedendo*, sem a observância dos mandamentos legais, e negam vigência à norma processual penal, de incidência obrigatória, consistindo-se em ato atípico, conforme descreve Tourinho Filho:

Quando o ato é realizado de acordo com a lei, diz-se que o *ato processual é típico*. Obviamente para que o ato processual possa

²⁸ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 222

²⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Prefácio. In: PAULA, Leonardo Costa de. *As Nulidades no Processo Penal*. Sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 10.

ser eficaz, produzindo seus efeitos jurídicos, é preciso que ele se ajuste ao modelo descrito na lei, vale dizer, é preciso seja típico. [...]

Assim, há tipicidade do ato processual quando realizado em conformidade com o modelo descrito na lei. Se não houver correspondência entre o ato realizado e o paradigma legal, ele se diz atípico.³⁰

O *due process of law* não contempla nenhuma das hipóteses descritas. Logo, em assim agindo, ferir-se-iam diversos princípios: da legalidade, do devido processo legal e do contraditório, não se podendo convalidar atos essencialmente nulos, cujo prejuízo é presumido, bem como estar-se-ia negando vigência ao disposto no artigo 155 do CPP, que determina que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova *produzida em contraditório judicial*.

Permitir que o juiz (com o papel de fazer perguntas complementares, à luz do parágrafo único, do art. 212, do CPP) conduza sozinho a audiência criminal, estando ausente o Promotor, é permitir inversão e aversão tumultuária do processo, não contemplada pelo ordenamento jurídico, é negar o princípio do contraditório. A sistemática do *cross-examination* não deixa dúvidas: o autor da ação (Ministério Público, que também tem a inerente função de *custos legis*) e a defesa, portanto, agora são os primeiros a colher prova em audiência, suplementados pelo juiz. Os papéis mudaram nitidamente: a inquirição direta das testemunhas é ato – estrutural - das partes (acusação e defesa), não é mais ato do juiz suplementado por aquelas, como era no passado. O modelo presidencialista ruiu com o advento da Lei nº 11.690/08. Para Lopes Júnior:

Com a Reforma Processual de 2008, o art. 212 foi substancialmente alterado, não sendo mais atribuído ao juiz o papel de (inquisitorial) protagonismo na coleta da prova produzida em audiência. A mudança foi muito importante e adequada para conformar o Código de Processo Penal à estrutura acusatória desenhada na Constituição. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 417.

acusatório redesenha o papel do juiz no Processo Penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador.³¹

É claro que o juiz, além de ter a função de complementar a inquirição das testemunhas, após as partes, continua a presidir a audiência, inclusive com poder de polícia, tendo também, na lição de Mendonça, a função de fiscalizar a inquirição direta: “o magistrado exercerá importante função fiscalizatória, indeferindo as perguntas: a) que possam induzir a determinada resposta; b) que não tiverem relação com a causa; e c) que importarem repetição de outra já respondida”.³²

5. DAS NULDADES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sabe-se que é sobre o ato jurídico que serão operadas as nulidades. A forma da realização do ato válido está prevista em lei, o que caracteriza a tipicidade do ato jurídico processual apto a produzir efeitos dentro do processo. Se típico, o ato estará adequado à forma prevista; se violada a forma poderá ter como consequência a nulidade de tal ato. O instituto da nulidade impõe limites aos abusos porventura praticados pelo Estado e, “sob esse enfoque, o processo carrega a *persona* estatal, limitado pela categoria da nulidade, que será a barreira ao arbítrio”.³³

A nulidade é uma sanção pela prática do ato em desacordo com o modelo legal, de modo que a *validade* e a *nulidade* são qualidades do ato jurídico processual. É pertinente consignar que a nulidade relativa é passiva de sanção e pode convalidar-se, enquanto a nulidade absoluta é irreversível, não podendo o ato produzir efeito. Importante ainda registrar que nem todo ato processual penal realizado em desacordo com o modelo legal é nulo. Para isso é imprescindível saber distinguir se o

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do Art. 212 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011. p. 3-5.

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 195.

³³ PAULA, Leonardo Costa de. *As Nulidades no Processo Penal*. Sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 17.

ato é essencial ou secundário/acessório, pois o “legislador processual penal distinguiu, no processo, os atos essenciais ou estruturais daqueles denominados acidentais ou não essenciais”.³⁴

Nessa toada, vê-se que o princípio da instrumentalidade das formas é inerente aos atos anuláveis, tipicamente não essenciais – acessórios/secundários, valendo-se ainda do *pas de nullité sans grief*, o que não acontece com os atos essenciais/estruturais, cujo prejuízo é presumido e a nulidade é irreversível.

Por essa concepção, Mossin preleciona que:

O princípio geral que também está encravado no art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*) somente diz respeito às hipóteses configurativas das nulidades relativas, que podem ser sanadas, uma vez que, se forem elas absolutas, sua declaração se impõe sem que haja a necessidade de demonstração do prejuízo, já que este se presume.³⁵

É pertinente, neste passo, a abordagem de algumas questões inerentes ao sistema de nulidades. O processo penal é composto por *atos essenciais* (ou estruturais) e *atos não essenciais* (ou acessórios). É sabido que quanto aos atos acessórios, ou não essenciais, se aplica o princípio *pas de nullité sans grief* e, não sendo comprovado prejuízo, o ato convalidar-se-á. Já quanto aos atos essenciais não se aplica tal princípio, uma vez que o prejuízo é presumido. Entretanto, tal instituto vem sendo evocado e aplicado de maneira assistemática, consignando Gloeckner que:

O princípio *ne pás de nullité sans grief* acaba se tornando um dos pilares fundamentais da já denunciada casuística implementada pelos tribunais, sem falar que a sua abstração e generalidade permitem as mais mirabolantes e fantasiosas limitações aos direitos do acusado.³⁶

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 421.

³⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 63.

³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 223.

Conclui-se, pois, que se o ato for essencial (estrutural) presume-se o prejuízo; se for acessório (não essencial), deve resultar prejuízo. Frederico Marques esclarece que:

Há, portanto, formalidades essenciais e formalidades acidentais, ou não essenciais, na estrutura do ato processual. As primeiras tornam o ato nulo, quando omissas ou violadas, independentemente de qualquer outra indagação porque o prejuízo *para a acusação ou para a defesa* lhes é imanente. Quanto às segundas, embora relevantes, só se tornarão causa de nulidade, se desrespeitadas ou omissas, quando a falta ou violação houver causado prejuízo às partes (art. 563)³⁷.

O Código de Processo Penal brasileiro elenca, no artigo 564, inciso III, os atos essenciais (estruturais) que compõem o *due process of law*, os quais, se não observados, ensejam nulidade absoluta, cujo prejuízo, como já dito, é presumido. Também apresenta, nesse mesmo rol, os atos secundários, acessórios, estando estes elencados nas alíneas “d” (segunda parte), “e” (segunda parte), “g” e “h”, a saber: d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) os prazos concedidos à acusação e à defesa; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia e h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei.

Para Tourinho Filho:

O CPP, no art. 564, III, enumerou aquilo que a doutrina denomina ‘atos estruturais ou essenciais do processo’. E os outros ali não elencados? São denominados ‘atos acidentais ou não essenciais’. Sua omissão também acarreta a nulidade? A simples omissão não, mesmo porque não se trata de ato essencial. Mas, se da sua omissão ‘resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563) ou se da sua omissão ‘houver influído na apuração da

³⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2. p. 415.

verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, art. 566), pode ocorrer a nulidade.³⁸

E especificamente, no que tange ao Ministério Público, registra Mossin:

São atos acidentais previstos na precitada norma processual penal: a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação penal originalmente pública (ação penal privada subsidiária da pública) (alínea d, segunda parte).³⁹

Numa leitura apressada, pode-se, imprecisamente, afirmar: “a intervenção do MP, nos moldes em que se encontra redigido o dispositivo, é ato acessório”. Basta uma análise sistemática do paradigma vigente para concluir que houve derrogações de alguns desses dispositivos, uma delas é a da alínea “f”, do inciso III, do art. 564, com o novo modelo do júri, a saber: a obrigatoriedade de apresentação do libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri. Sabe-se que essa exigência, com a nova roupagem do Tribunal do Júri, não existe mais. Derrogação tácita, pois. Bem como, mesmo para aqueles que assim pensavam, encontra-se parcialmente derogada a alínea “d”, (art. 564, III, d) no que tange a se entender como ato acessório a presença obrigatória do promotor de Justiça à audiência criminal na ação por ele intentada. Logo, a presença das partes em audiência, no atual modelo, assemelha-se ao disposto na alínea “l” (art. 564, III, l), como ato estrutural: a presença da acusação e da defesa, na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri e, agora, repita-se, a presença também em audiência para a prática de ato essencial. Essa releitura foi imposta pela vigência da Lei n. 11.690/08.

Portanto, as hipóteses de convalidação do ato acessório, previstas nos três incisos do art. 572, do CPP, não se aplicam quando se tratar de ausência do promotor de Justiça (art. 564, III, “d”) à audiência para

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 421.

³⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 44.

inquirição das testemunhas por ele arroladas, conforme modelo vigente. Como decorrência da necessidade de se obedecer ao devido processo legal e ao contraditório, a audiência realizada sem a presença do representante do Ministério Público para colher diretamente o depoimento das testemunhas elencadas na denúncia (ato essencial), é absolutamente nula, não podendo ser esse ato convalidado, uma vez que é estrutural/essencial, cujo prejuízo é presumido.

A doutrina esposada por Tourinho Filho expressa esse entendimento:

Para o CPP são atos essenciais ou estruturais do processo penal aqueles referidos no inciso III do art. 564. Esses atos, quando reclamados num determinado processo, não podem faltar. A sua omissão acarreta nulidade absoluta do processo. Não se indaga se houve ou não prejuízo para as partes. Presume-se o prejuízo.⁴⁰

No mesmo sentido, posiciona-se Mossin, de forma esclarecedora:

A presença do Ministério Público, em todos os atos do processo por ele provocado por intermédio de regular ação ou quando a ação for intentada pelo ofendido ou seu representante legal na hipótese prevista na alínea examinada, torna-se obrigatória em face do princípio do contraditório. Por essa razão, a falta de intervenção do *dominus litis* em todos os termos da ação penal por ele intentada e nos da proposta pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação penal pública, é obrigatória, sob pena de nulidade absoluta, portanto, insanável do processo ou da relação jurídico-processual.⁴¹

5.1. ATO PROCESSUAL PENAL E NULIDADES: BREVES CONSIDERAÇÕES

A forma do ato processual representa uma garantia contra o arbítrio, de modo que contrariá-la mitiga o devido processo legal. Num

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 421.

⁴¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 105.

sistema acusatório de base constitucional não se pode relativizar a forma dos atos essenciais em busca de celeridade processual, e o que fez o CNJ foi isso: relativizou as garantias do contraditório e do devido processo legal ao permitir a realização de audiência ausente o Ministério Público. Nesse sentido Lopes Júnior destaca sua preocupação “com as absurdas relativizações diariamente feitas por tribunais e juízes, muitas vezes meros repetidores do senso comum teórico”.⁴² E conclui que “a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional”.⁴³

É exatamente no respeito à forma que está o cerne da questão das nulidades como efeitos do ato processual defeituoso, uma vez que a forma é de interesse público e materializa garantias constitucionais. Afirma ainda Lopes Júnior que “o ponto nevrálgico nessa matéria é que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional”.⁴⁴ Também pensamos com o autor quando afirma “que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia”.⁴⁵

Em que pese as críticas acerca da definição de nulidades absolutas e relativas, por serem oriundas do direito civil material e, por isso, inadequadas no âmbito do processo penal, utiliza-se tal classificação como sendo, as nulidades, efeitos dos atos processuais defeituosos. Assim, as nulidades são decorrentes do defeito da forma do ato, portanto, *a posteriori*: se insanável o defeito – por ser o ato essencial – a nulidade será absoluta; se sanável – por ser o ato acessório – será relativa. O sistema de nulidades, pois, no processo penal, é capitaneado pelas normas constitucionais e é com esse sentido que foi empregado neste trabalho.

A inadequada compreensão desse tema, ou melhor, a manipulação ideológica dele, alimentada por uma sistemática legal retalhada, dá ensejo à captura e à deturpação de conceitos sendo “recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta”.⁴⁶

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1121.

⁴³ *Ibidem*, p. 1128.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1127.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1130.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 1125.

Assim, o *pas de nullité sans grief* funciona como se fosse o “princípio dos princípios”, um megaprincípio, servindo para qualquer discurso, especialmente para relativizar toda forma - materializadora da diretriz constitucional – do ato jurídico processual.

E os reflexos dessa captura ideológica de conceito são visíveis nas decisões judiciais, sendo nítida a instabilidade gerada no sistema, “agravada pela dependência do tema às variações de humor da jurisprudência”.⁴⁷ O desrespeito ao modelo posto, de base constitucional, referendado pelo CNJ, remete, mais uma vez, à citação de Lopes Júnior:

Não é necessário maior esforço para compreender que uma nulidade somente será absoluta se o julgador (juiz ou tribunal) quiser (...) e esse tipo de incerteza é absolutamente incompatível com o processo penal contemporâneo.⁴⁸

5.2. REFLEXOS DAS DISTORÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA

Conforme lembra Zaganeli ao analisar estritamente o fato do descumprimento da ordem de inquirição das testemunhas, o Superior Tribunal de Justiça diverge quanto ao efeito jurídico decorrente da violação das regras contidas no artigo 212 do Código de Processo Penal: a 5ª Turma do STJ já se posicionou entendendo que a hipótese era de nulidade absoluta, enquanto a 6ª Turma daquele colegiado entende que o descumprimento da regra pode causar mera nulidade relativa.⁴⁹

No HC 137.089 e no HC 121.216, a 5ª Turma do STJ reconheceu a necessidade de obediência à forma processual, sob pena de ofensa ao devido processo legal, mas o fez de maneira acanhada, contemplando apenas a ordem de inquirição das testemunhas, a saber:

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1122.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1129.

⁴⁹ ZAGANELLI, Margareth Vetus. A nova regra de inquirição de testemunhas no processo penal brasileiro: uma análise interpretativa à luz da garantia constitucional do sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.diritto.it/a-nova-regra-de-inquiricao-de-testemunhas-no-processo-penal-brasileiro-uma-analise-interpretativa-a-luz-da-garantia-constitucional-do-sistema-acusatorio/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.⁵⁰

Posteriormente, no HC 111.815, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou no mesmo sentido, abordando a sistemática disposta no artigo 212 do CPP, mas apenas no que tange à ordem de inquirição, “a fim de que, primeiramente, as partes interroguem as testemunhas, podendo o magistrado formular perguntas apenas quando algum esclarecimento for necessário”.⁵¹

Se a desobediência à ordem de inquirição por si só enseja nulidade, com prejuízo presumido, mais razão ainda para se reconhecer a nulidade de ato processual defeituoso existe na hipótese da ausência de quem faz a inquirição direta: a parte.

Quanto ao desrespeito ao outro elemento essencial do ato, no caso a presença do Ministério Público nas audiências, a 6ª Turma do STJ, no REsp 134978, entendeu que a ausência do titular da ação penal à audiência de instrução dá ensejo à nulidade relativa, cujo prejuízo deve ser demonstrado. Trata-se, à obriedade, de um equívoco construído sob o argumento de obediência aos princípios da verdade real e do impulso oficial, entretanto olvidou a desobediência ao sistema acusatório, às garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, negando-lhes vigência. Lembra Marques que “a acusatoriedade celebra a audiência, a ampla argumentação e o direito à prova”.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. HC 137089 / DF Habeas Corpus 2009/0099186-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz. T5 – Quinta Turma. Julgado em 22/06/2010. DJe 02/08/2010.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 111815 / SP Habeas Corpus 9957085-85.2011.1.00.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 14/11/2017. DJ 23/11/2017.

⁵² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP* - Ano 03, nº 04, 2013/01. p. 16 – 18.

A mesma 6ª Turma do STJ também assim se posicionou no HC 245.081 e no HC 230.195, onde se invocou o “princípio dos princípios” *pas de nullité sans grief*. Já no HC 167.284 se chegou a consignar na ementa que “não está caracterizada a nulidade decorrente da ausência do Ministério Público nas audiências de interrogatório e oitiva de testemunhas, porque sua presença não é obrigatória”. A 5ª Turma também se posicionou no mesmo sentido no HC 60.442 e no HC 47.318. E o humor oscilante da jurisprudência nesse tema nos remete ao HC 316.719 e ao AREsp nº 528.020, ambos reconhecendo ser a nulidade insanável quando ausente o Ministério Público à audiência de instrução, destacando-se no AREsp 528.020 a seguinte ementa:

Deve ser mantida a decisão agravada, que reconheceu a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento, porquanto a par de realizada sem a presença do Ministério Público, do início ao fim, o Juiz de Direito substituiu o órgão acusatório ao conduzir e colher todas as provas, em atividade probatória principal e não supletiva.⁵³

Fica, pois, evidente que “a jurisprudência brasileira nessa matéria é caótica, fruto de uma má sistemática legal”⁵⁴ e que “a maioria dos julgados existentes sobre o tema convalida a produção irritual da prova”.⁵⁵

6. PROPOSTA DE PREMISSA DE BALIZAMENTO PARA INTERPRETAÇÃO DO TEMA

O conhecimento ora produzido pretende contribuir para a percepção de que a sistemática processual penal estabelecida pela Lei 11.690/08

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. AREsp 528020 / RS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. T6 – Sexta Turma. Julgado em 15/09/2015. Dje 05/10/2015.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1122.

⁵⁵ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 16.

deu nova roupagem à estrutura da realização das audiências criminais para fazer valer o disposto no art. 155, do Código de Processo Penal, a saber: o autor da ação penal tem a incumbência de produzir diretamente a prova em contraditório judicial. E isso é ato essencial, estrutural e não mero ato acessório, secundário. Na lição de Lopes Júnior “trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num Processo Penal acusatório e democrático”⁵⁶.

Já foi exaustivamente consignado neste artigo que ter-se-á caracterizada a nulidade absoluta quando faltar ato essencial (estrutural) do processo, conforme a teoria das nulidades, bem como diante da falta de formalidade que constitua elemento essencial do ato estrutural. Nesse sentido, a ausência do promotor de Justiça (ou procurador da República) para diretamente inquirir suas testemunhas em audiência é causa de nulidade absoluta, insanável, em face da presunção do prejuízo.

A nulidade relativa, entretanto, se caracteriza quando faltar ato acessório (não essencial) ou faltar formalidade que constitua elemento intrínseco do ato acessório e que disso tudo venha a resultar prejuízo, se aplicando, aí sim, o princípio *pas de nullité sans grief*. Tal circunstância, como dito no corpo deste trabalho, não se aplica à hipótese de ausência do *dominus litis* à audiência. Logo, insistir o juiz em realizar audiência criminal sem que esteja presente o titular da ação, sob o simplório fundamento de que havendo intimação do Ministério Público para o ato não há nulidade em vista da inexistência de prejuízo é atitude que vai de encontro à toda estrutura normativa que rege a matéria, é negar vigência ao texto de lei baseado em interpretação carente de rigidez científica. Acerca da regra do prejuízo Zaclis destaca que:

A despeito de sua importância para a construção de um modelo finalístico, referida categoria do prejuízo vem sendo aplicada de forma caótica pela jurisprudência pátria. Na realidade, o entendimento daquilo que de fato configura “prejuízo” para efeitos do artigo 563 do Código de Processo Penal se perdeu em meio a decisões controversas e confusas acerca do tema. A regra, inicialmente

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do Art. 212 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011. p. 3-5.

adotada no processo civil, foi transportada ao processo penal sem as devidas cautelas e desprovida dos necessários ajustes.⁵⁷

É pertinente ainda, neste passo, registrar o que consignou Mossin quanto aos limites balizadores da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*:

De outro lado, convém deixar assente que o princípio sob consideração não deve ser instrumento do abuso e do despotismo processuais. Não se pode, dessa forma, em seu nome admitir aberrações na execução dos atos que compõem o procedimento, sob a simples alegação de que sua produção não gerou prejuízo para as partes. Logo, o princípio não autoriza a realização dos atos processuais de forma arbitrária e sem o respeito imposto pelas regras legais a eles atinentes. Em seu nome, não pode o magistrado autorizar e mesmo realizar os atos processuais sem obediência à tipicidade indicada pelo legislador, desprezando o comando normativo e o modelo legal.

Há de se admitir, de outro lado, que o preceito alinhado no art. 563 do citado diploma incide restritivamente no campo das nulidades relativas, uma vez que o prejuízo das absolutas é presumido. Logo, havendo nulidade absoluta não se deve indagar, para efeito da sanção de ineficiência, se o ato atípico produziu ou não prejuízo às partes.⁵⁸

Estabelecidas as premissas imprescindíveis ao deslinde da questão se pode, com segurança, aduzir que o paradigma vigente até 2008 ruiu e o paradigma atual (advindo da Lei 11.690/08) estabelece o balizamento da matéria, assumindo as partes (acusação e defesa) o papel primordial de produzir suas provas, não podendo tal direito ser suprimido por magistrado que queira produtividade à revelia das normas cogentes que regem a matéria, o que Bohm chamou de *fast-food* jurisdicional ou, a “McDonaldização” da

⁵⁷ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 4.

⁵⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 62/63.

justiça criminal.⁵⁹ O modelo paradigmático descrito neste trabalho funciona como premissa fundamental na interpretação coerente do tema.

Logo, em sendo essencial a presença do Ministério Público em audiência, pois se trata da prática de ato estrutural conforme modelo estabelecido pelo novo paradigma acima exposto, o efeito decorrente dessa configuração normativa é que sua ausência ao ato resulta nulidade absoluta, não se aplicando o brocardo *pas de nullité sans grief*, tendo em vista ser o prejuízo presumido.

É contraproducente insistir em realizar audiência criminal para oitiva de testemunhas arroladas na denúncia sem a presença do Ministério Público, pois isso desrespeita o devido processo legal, fere o contraditório e nega vigência ao modelo posto, haja vista “que o ‘cross-examination’ é ontologicamente presencial”.⁶⁰

Registre-se, outrossim, que o argumento de que a intimação do Ministério Público por si só basta é um sofisma que, apesar de razoavelmente construído, parte de premissa equivocada, consistente no olhar para o modelo anterior a 2008, não mais existente. A mera intimação não substitui o ato essencial necessário à validade do processo - inquirição direta das testemunhas - e, ademais, é secundária e sem força para elidir o modelo vigente. Neste momento histórico, com o modelo posto, assim como acontece no Tribunal do Júri, a ausência do representante do Ministério Público, mesmo intimado, impõe o adiamento do ato, sob pena de nulidade absoluta.

O mesmo não acontece, porém, quando atua o MP na qualidade de *custos legis*, intimado para atos não essenciais, neste caso se aplicando ainda o disposto residual do art. 564, III, “d”, segunda parte, do CPP. São duas posições processuais absolutamente distintas e que não podem ser confundidas, como vem acontecendo na prática: como *custos legis* a mera intimação produz efeitos válidos e não macula o ato a ser praticado;

⁵⁹ Sobre isso, ver: BOHM, Robert M. “McJustice”: On the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127–146, 2006.

⁶⁰ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 85.

como titular da ação a presença ao ato é essencial, sobretudo à audiência. Mossin destaca que:

De outro lado, se o ato processual realizar-se sem que o Ministério Público seja intimado, ou, sendo-o, não compareça, quer justificando quer não sua ausência, há de se distinguir ambas as situações catalogadas na alínea examinada: se a ação for pública plena ou condicionada (art. 24, CPP), a nulidade será insanável; se a ação penal for privada subsidiária da pública (art. 29, CPP), a nulidade será relativa, e sua ocorrência dependerá de ter havido comprovadamente prejuízo ao litisconsorte ativo obrigatório, por ser ela sanável nos termos do art. 572 do Código de Processo Penal.⁶¹

Se não bastassem todos esses argumentos, traz-se à lume ainda os seguintes aspectos: no processo civil, a ausência do autor dá ensejo à contumácia em face da demanda ser disponível, podendo a ação ser extinta sem julgamento do mérito, onde a ausência do *custos legis*, intimado, não causa nulidades. Se a ação cível (privada) não pode prosseguir sem o autor, os atos não podem ser realizados estando ausente o autor, qual a razão para que no processo penal isso possa acontecer? Nenhuma, pois no processo penal há a indisponibilidade da ação e a ausência do autor - titular dela – não enseja contumácia. Logo, a ação não pode ser extinta e o ato também não pode ser realizado ausente o autor, pois o juiz não pode substituir a parte autora. Ademais, como já dito, o juiz tem papel bem definido no modelo vigente, fazendo perguntas complementares e, se o autor estiver ausente e, obviamente, não tiver feito perguntas, o magistrado não pode complementar o que não existiu. Se assim agir, haverá nulidade absoluta por ferir o contraditório e o devido processo legal.

Tratar como se fosse relativa a nulidade absoluta é um grave equívoco. Como registra Paschoal “pode-se afirmar, assim, que modernamente, as nulidades absolutas acabaram se tornando relativizadas, sendo, assim, *menos absolutas, mais relativas*”.⁶²

⁶¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 106.

⁶² PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos tribunais superiores*. Dissertação (Mestrado em 2014) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os atos essenciais/estruturais não podem ser realizados sem seu autor: a denúncia cabe ao MP; as decisões ao Juiz; a inquirição das testemunhas às partes, podendo o juiz complementá-las. Ausente a acusação e a defesa na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 564, III, I), o ato será adiado. No mesmo sentido, sob o paradigma instituído pela Lei nº 11.690/08, ausentes as partes à audiência criminal, o ato deve ser adiado, eis que se trata de ato estrutural, essencial. Trabalhando com outros fundamentos, Gonzalez também chega à mesma conclusão: “Destarte, se o Ministério Público não comparece na audiência de instrução criminal, pouco importando se devidamente intimado ou não para aquele ato, o juiz deverá designar nova audiência, sob pena de nulidade absoluta”.⁶³

O modelo paradigmático descrito neste trabalho funciona como premissa fundamental na interpretação coerente do tema e se espera que sirva de balizamento às decisões judiciais vindouras acerca do assunto, bem como ao conhecimento científico a ser produzido na área processual penal a partir do reconhecimento da nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Nas entranhas do processo penal: para uma viragem democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, 2014. <https://doi.org/10.12957/rfd.2014.4751>

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *O “cross-examination” como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁶³ GONZALEZ, André. *A nulidade absoluta da audiência de instrução criminal realizada sem a presença do Ministério Público*. São Paulo: All Print, 2009. p. 71.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOHM, Robert M. “McJustice”: On the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127 – 146, 2006. <https://doi.org/10.1080/07418820600552576>

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. - 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GONZALEZ, André. *A nulidade absoluta da audiência de instrução criminal realizada sem a presença do Ministério Público*. São Paulo: All Print, 2009.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

KHALED JR. Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LIMA, Charles Hamilton Santos; CARNEIRO, André Silvani da Silva. *A função do Ministério Público é essencial, não apenas eventual*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-17/mp-debate-funcao-ministerio-publico-essencial-nao- apenas-eventual>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do Art. 212 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 229, p. 3-5, dez. 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la*. *Boletim Informativo IBRASPP* - Ano 03, nº 04, p. 16-18, 2013/01.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos tribunais superiores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. <https://doi.org/10.11606/d.2.2016.tde-08082016-143245>

PAULA, Leonardo Costa de. *As Nulidades no Processo Penal*. Sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. <https://doi.org/10.11606/d.2.2015.tde-09112015-143036>

ZAGANELLI, Margareth Vetis. A nova regra de inquirição de testemunhas no processo penal brasileiro: uma análise interpretativa à luz da garantia constitucional do sistema acusatório. Disponível em: <<https://www.diritto.it/a-nova-regra-de-inquiricao-de-testemunhas-no-processo-penal-brasileiro-uma-analise-interpretativa-a-luz-da-garantia-constitucional-do-sistema-acusatorio/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço ao editor Vinicius Vasconcellos pelas referências bibliográficas sugeridas, bem como a Márcio Arantes Filho por disponibilizar cópia do texto final de sua tese, antes mesmo da publicação, que assim contribuíram ao aprimoramento deste artigo.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/08/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/09/2017
- Resubmissão: 14/09/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/09/2017
- Avaliação 1: 30/10/2017
- Avaliação 2: 06/11/2017
- Avaliação 3: 08/11/2017
- Avaliação 4: 08/11/2017
- Decisão editorial preliminar: 11/11/2017
- Retorno rodada de correções: 03/12/2017
- Decisão editorial 2: 20/12/2017
- Retorno rodada de correções 2: 21/12/2017
- Decisão editorial final: 21/12/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CARVALHO, Francisco Ortêncio de. A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 337-368, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.107>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Teoria da Prova Penal

A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

The Repercussion of the False Memories Syndrome in the Eyewitness Testimony: an Analysis of Decisions from the Rio Grande do Sul State Court

Flaviane Baldasso¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS

flavibaldasso@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8552018755566744>

 <http://orcid.org/0000-0002-8375-8380>

Gustavo Noronha de Ávila²

Centro de Ensino Superior de Maringá – Maringá/PR

gustavonoronhadeavila@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>

 <https://orcid.org/0000-0002-7239-1456>

RESUMO: As falsas memórias são distorções da memória que podem impactar determinantemente na avaliação de um evento criminoso de interesse do sistema penal. Apesar do crescente interesse pelo tema, poucos trabalhos empíricos têm explorado as consequências práticas do fenômeno. A par disso, questiona-se se é possível medir a sua repercussão para o nosso processo penal, bem como se as teses referentes às falsas memórias têm sido aceitas pelo Poder Judiciário e em quais casos. O presente artigo pretende analisar a repercussão do fenômeno das

¹ Bacharel em Direito e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS. Advogada.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito do Unicesumar. Bolsista Produtividade do ICETi.

falsas memórias, em matéria de prova testemunhal, a partir de 437 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Utilizando a metodologia da análise de conteúdo de Lawrence Bardin, foram explorados os tipos de crimes nos quais o argumento das falsas memórias tem sido utilizado, se a hipótese de ocorrência dessa distorção tem sensibilizado os julgadores, bem como se as análises dos julgadores têm se amparado na produção bibliográfica acerca da psicologia do testemunho. A partir dos números levantados foi possível perceber um incremento bastante acentuado na invocação do argumento das falsas memórias, porém sem que isto tenha sido revertido na promoção de liberdade no âmbito do processo penal gaúcho.

PALAVRAS-CHAVE: prova testemunhal; psicologia do testemunho; falsas memórias.

ABSTRACT: *False memories are distortions of memory that can impact decisively on the evaluation of a criminal event of interest to the criminal system. Despite the growing interest in the subject, few empirical works have explored the practical consequences of the phenomenon. Along with, the question is if it is possible to measure the repercussion for our criminal proceedings, as well if the theses concerning false memories have been accepted by the Judiciary and in which cases. The present article intends to analyze the repercussion of the phenomenon of false memories, in terms of testimonial evidence, from 437 judgments of the Court of Justice of Rio Grande do Sul. Using the content analysis methodology of Lawrence Bardin, we explored the types of crimes in which the false memories argument has been used, if the hypothesis of this distortion has sensitized the judges, as well as if the analyzes of the judges have been supported in the bibliographical production on the psychology of the testimony. From the numbers raised, it was possible to perceive a considerable increase in the invocation of the argument of the False Memories, but this has not been reversed in the promotion of freedom in the scope of the gaúcho penal process.*

KEYWORDS: *testimonial evidence; psychology of testimony; false memories.*

INTRODUÇÃO

O fenômeno das falsas memórias não é novo. Porém, mesmo com a persistente desconfiança acerca da credibilidade das provas penais dependentes da memória, especialmente o testemunho, remontar

a séculos atrás³, os estudos experimentais da psicologia do testemunho são relativamente recentes⁴.

Falsas memórias são lembranças de um evento que não ocorreu ou, caso tenha acontecido, se desenrolou de forma diferente da lembrada pela testemunha ou vítima⁵. Desde os estudos pioneiros no Brasil acerca do tema, o debate tem sido objeto de crescente interesse da comunidade jurídica. Exemplo disto foi o Diagnóstico Nacional de Práticas de Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal, financiado pelo Ministério da Justiça⁶. Foi justamente a preocupação acerca da (má)

³ FARINACCI, Prosperi. *Tractatus Integer de Testibus* (1617). Disponível em: <http://reader.digitale-sammlungen.de/en/fs1/object/display/bsb10625696_00001.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁴ LOFTUS, Elizabeth; PALMER, J.C. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 13(5), 1974, p. 585-589.

⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR*, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001. O fenômeno das falsas memórias pode ser compreendido como um processo mnemônico composto “[...] no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade”. Não são mentiras ou fantasias dos indivíduos, são lembranças semelhantes às memórias verdadeiras. Além disso, as falsas memórias são fruto do funcionamento normal da memória humana, e não patológico. Essas distorções podem ser tanto de cunho interno quanto externo à pessoa. Quando se tratam de distorções endógenas, as falsas memórias são denominadas autossugeridas, ocorrendo quando a lembrança é alterada internamente pelo indivíduo, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa. Por exemplo, lembrar que um amigo contou uma história quando, na verdade, as informações são provenientes de um programa de televisão. Por outro lado, quando se tratam de distorções exógenas, as falsas memórias são denominadas sugeridas, por sua vez, são resultado de um processo de interferência externo ao sujeito, por uma fonte alheia à pessoa. Neste tipo de falsificação da memória, há uma recordação de fatos como se tivessem sido realmente vividos, quando, na verdade, foram sugeridos. Por exemplo, recordar de um fato pela sugestibilidade do entrevistador. Sobre isso: NEUFELD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22-26.

⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos*

utilização daquelas provas que proporcionou linha de financiamento para a realização de investigação científica.

Por outro lado, mesmo sendo tema de crescente atenção, é possível medir a sua repercussão para o nosso processo penal? As teses referentes às falsas memórias têm sido aceitas pelo Poder Judiciário? Em quais casos?

Tendo em mente estas questões, foram levantados 437 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), onde o tema foi mencionado, no período entre 23 de setembro de 2004 e 23 de junho de 2017. Após a delimitação da amostra, os resultados foram submetidos à sistematização a partir da técnica da análise de conteúdo⁷.

Por sua fragilidade a prova penal dependente da memória deve estar cercada de todas as cautelas possíveis no momento de sua produção, bem como de sua avaliação. Isto é reforçado pelos resultados de recentes investigações empíricas, que demonstraram inaceitável distanciamento entre as práticas forenses e os saberes da psicologia do testemunho⁸.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO METODOLÓGICA

A prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado na formação do convencimento do julgador no âmbito do processo penal. De outro lado, por depender tão somente da memória do indivíduo, também se pode dizer que é um dos meios probatórios mais frágeis, devido à sua exposição a diversos fatores de contaminação, sendo um deles as falsas memórias, sejam elas de origem endógena ou exógena⁹.

depoimentos forenses. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁷ Sobre isso, ver: BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.

⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁹ Transportando as falsas memórias para dentro do processo penal, pode se ter a ocorrência de falsas memórias endógenas, em razão do tempo decorrido

Não obstante a literatura nacional¹⁰, tanto da área da psicologia quanto da área jurídica, ter demonstrado profunda preocupação com o fenômeno das falsas memórias, diante da forte influência que exerce no resultado da ação penal e, conseqüentemente, na vida do acusado, ainda são poucas as pesquisas empíricas que abordam como esse processo mnemônico vem sendo percebido pela jurisprudência pátria e como tem repercutido nos julgados. Foi a partir dessa perspectiva que se delineou o presente estudo, buscando-se observar a repercussão das falsas memórias nos julgados do TJRS.

Optou-se por realizar a pesquisa empírica apenas no âmbito do TJRS, a um, pelo grande volume de julgados que resultaram da pesquisa preliminar (437 decisões), compreendendo material capaz de produzir novas informações; a dois, por ser o Rio Grande do Sul o estado natal dos autores, para poderem compreender melhor a realidade dos dados; a três, porque as pesquisas pioneiras sobre falsas memórias, no Brasil, são oriundas da PUCRS, pela coordenação da professora Lilian Milnitsky Stein, ademais de continuar sendo encontrada no Rio Grande do Sul a maior incidência de pesquisas na área da psicologia do testemunho. Há de se ressaltar que antes de ser escolhido definitivamente o tema da pesquisa empírica (a repercussão do fenômeno das falsas memórias no TJRS), foram realizadas consultas em outros Tribunais, contudo, nenhuma teve resultado tão expressivo quando o TJRS.

entre a data do fato e dos depoimentos na fase policial e judicial; e exógenas, podendo surgir de informações divulgadas pela mídia sobre as investigações e o andamento do processo ou pela postura e uso da linguagem de quem está tomando o depoimento da vítima ou da testemunha.

¹⁰ Sobre isso: AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; GAUER, Gustavo. *Falsas memórias*. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org.). *Memória: cognição e comportamento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. Livro eletrônico. p. 165-183; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STEIN, Lilian Milnitsk (Org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Assim, a pesquisa foi dividida em duas etapas, tendo a primeira servido de base para a segunda. Contemplando-se tanto abordagens quantitativas quanto qualitativas, foram empregados procedimentos de pesquisa documental e de levantamento de dados. O tratamento destes dados se deu sob a forma de cálculos percentuais e análise de conteúdo dos acórdãos, seguindo os critérios descritos por Lawrence Bardin¹¹.

O método da análise de conteúdo foi utilizado na presente pesquisa, pois trabalha com um conjunto de normas flexíveis a serem seguidas, havendo a possibilidade de adaptação aos propósitos do estudo. Segundo Lawrence Bardin, “[...] é um método muito empírico, dependente do tipo de ‘fala’ a que se dedica e do tipo de interpretação que se pretende com o objetivo. Não existe o pronto-a-vestir [...], mas somente algumas regras de base, por vezes dificilmente transponíveis”¹².

Essas regras de base organizam-se em três diferentes fases: a) pré-análise; b) a exploração do material; e c) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. Em síntese, a primeira fase tem por objetivo a organização dos documentos a serem analisados, a fim de torná-los operacionais e sistematizar as ideias iniciais. A segunda, da exploração do material, consiste na adoção de procedimentos manuais ou de operações a serem realizadas pelo pesquisador, tais como a enumeração dos documentos. Por fim, a terceira fase busca tratar os resultados brutos de maneira a torná-los significativos e válidos, permitindo-se estabelecer quadros que condensam e põem em relevo as informações fornecidas na análise. Aqui, aplicam-se operações estatísticas simples, como cálculos percentuais, a partir do tratamento dos dados em planilhas do *software Microsoft Excel*. O tratamento desses resultados pode, ainda, “[...] servir de base a uma outra análise disposta em torno de novas dimensões teóricas [...]”¹³.

Assim, funcionando segundo procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, a análise de conteúdo trata as informações contidas na própria mensagem¹⁴. Logo, essa siste-

¹¹ BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 30-31.

¹² *Ibid.*, p. 30-31.

¹³ *Ibid.*, p. 95-102.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

matização tem se mostrado um importante norte a ser empregado tanto em análises quantitativas quanto qualitativas, tal como a abordagem que se busca contemplar neste trabalho.

A primeira etapa da pesquisa compreendeu uma investigação exploratória acerca da ocorrência da expressão “falsas memórias” nas decisões da Seção Crime do TJRS, a fim de nortear a coleta de dados para a análise pretendida na segunda etapa. Há de se dizer que o tratamento dos dados pela análise de conteúdo, neste primeiro momento de cunho quantitativo, se mostrou oportuno, na medida em que esse método “[...] enriquece a tentativa exploratória, aumenta a propensão à descoberta. É a análise de conteúdo ‘pra ver o que dá’”¹⁵.

Assim, escolhendo-se os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como os documentos a serem submetidos à análise, formularam-se as seguintes hipóteses a serem verificadas: a) quantas decisões resultariam da pesquisa empregando a palavra-chave “falsas memórias”; b) a partir de quando o tema começou a ser objeto de análise no Tribunal de Justiça; c) em que âmbito processual foi trazida a discussão; e d) qual o delito relacionado ao julgamento.

Para possibilitar a exploração dos acórdãos, utilizou-se o serviço de “Pesquisa de Jurisprudência” disponível no sítio do Tribunal de Justiça¹⁶. A consulta ocorreu da seguinte forma: no canto esquerdo da página inicial do sítio é possível acessar o *link* “Jurisprudência”, que amplia o catálogo de opções dos serviços, contemplando a alternativa de “Pesquisa de Jurisprudência”. Clicando-se nesse *sublink*, o sítio redireciona para a página de pesquisa, contando com a possibilidade de seleção de diversos filtros.

Primeiramente, optou-se por pesquisar utilizando a expressão “falsas memórias”, com o índice “Ementa”, aplicando os filtros “Tribunal de Justiça do RS” e “Seção Crime”, limitando-se apenas o termo final da “Data de Julgamento” para 25 de junho de 2017 – data da realização da pesquisa. O resultado gerou uma lista de 28 (vinte e oito) acórdãos, todos proferidos em sede de Apelação Crime, classificados por data decrescente, sendo o julgado mais recente datado de 19 de junho de 2017 e o mais antigo de 25 de outubro de 2007.

¹⁵ BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 30.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 27 set. 2017.

Contudo, considerando ser reduzido o número de acórdãos encontrados, ampliou-se a busca para o índice de “Inteiro Teor” dos julgados, recaindo o critério de busca sobre o conteúdo dos documentos dos acórdãos, mantendo-se os demais filtros – Tribunal de Justiça do RS, Seção Crime e Data de Julgamento até 25 de junho de 2017. A consulta resultou, então, em 437 acórdãos.

Enumerados esses acórdãos através da própria estrutura de filtros disponível na Pesquisa de Jurisprudência, passou-se a efetuar o tratamento dos resultados através de operações estatísticas, de maneira a torná-los significativos e válidos diante do propósito deste trabalho. Tendo à disposição esses mecanismos, foi possível condensar as informações em gráficos e tabelas a seguir expostos.

2. DESCRIÇÃO DOS RESULTADOS

O resultado da busca gerou uma lista de 437 acórdãos para “falsas memórias”, que foram analisados de forma quantitativa, aferindo-se a ocorrência da palavra-chave mediante a categorização apresentada a seguir.

No total dos acórdãos listados, o julgado mais antigo data de 23 de setembro de 2004, enquanto o mais recente data de 23 de junho de 2017; ambos referem-se a decisões proferidas em sede de Apelação Crime. Vê-se, portanto, que o tema tem sido suscitado nos acórdãos criminais há aproximadamente 13 anos, coadunando-se a abordagem jurisprudencial com o início das pesquisas sobre o falseamento da memória realizadas no Brasil, que possuem marco inicial no início da década de 2000¹⁷.

Observou-se, ainda, uma crescente produção no número de acórdãos que mencionam a expressão “falsas memórias” no período pesquisado, saindo de 01 decisão em 2004 para 82 em 2017 (Gráfico 1). A produção de acórdãos para o período dos sete últimos anos – 2011 a 2017 – foi quinze vezes maior do que a produção para o período dos sete primeiros anos – 2004 a 2010, representando este 6,18% do total das decisões listadas, enquanto aquele representou 93,83%.

¹⁷ Sobre isso: STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR*, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.

GRÁFICO 1 – Produção de Acórdãos no Período da Pesquisa



Fonte: Os autores.

No que diz respeito ao âmbito processual, pela classificação “Tipo de Processo” empregada pelo próprio Tribunal Gaúcho, a maior ocorrência do termo “falsas memórias” se deu em acórdãos de Apelação Crime (90,16%), encontrando-se, também, em Embargos de Declaração (2,52%); Embargos Infringentes e de Nulidade (2,29%); Habeas Corpus (1,60%); Recurso em Sentido Estrito (1,14%); Revisão Criminal (1,14%); e Recurso Especial e/ou Extraordinário (1,14%). A Tabela 1 apresenta a referida proporção.

TABELA 1 – Relação de Decisões por Âmbito Processual

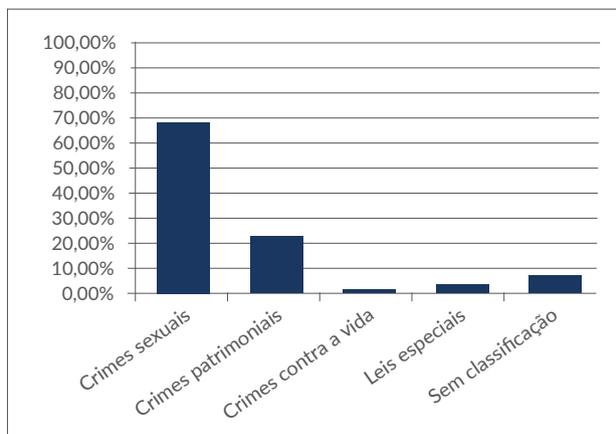
Tipo de Processo	Nº de Decisões	Percentual
Apelação Crime	394	90,16%
Embargos de Declaração	11	2,52%
Embargos Infringentes e de Nulidade	10	2,29%
Habeas Corpus	7	1,60%

Tipo de Processo	Nº de Decisões	Percentual
Recurso em Sentido Estrito	5	1,14%
Revisão Criminal	5	1,14%
Recurso Especial e/ou Extraordinário	5	1,14%

Fonte: Os autores.

Considerando o delito relacionado ao julgamento que traz a expressão “falsas memórias”, segundo a classificação “Assunto CNJ”, a pesquisa apontou diversos tipos penais, sendo os mais frequentes os crimes de: estupro de vulnerável (47,14%); roubo majorado (17,39%); atentado violento ao pudor (15,10%) e estupro (5,95%). Ademais, os crimes contra a dignidade sexual representam 68,88%; os crimes contra o patrimônio 23,11%; os crimes contra a vida 1,14%; os crimes previstos em leis especiais 1,60%; e os acórdãos sem classificação do tipo penal 5,26%. A aludida relação está representada pelo Gráfico 2 e pela Tabela 2.

GRÁFICO 2 – Relação de Decisões por Natureza Jurídica do Crime



Fonte: Os autores.

TABELA 1 – Relação de Decisões por Tipo Penal

Tipo Penal	Nº de Decisões	Percentual
Estupro de vulnerável	206	47,14%
Roubo majorado	76	17,39%
Atentado violento ao pudor	66	15,10%
Estupro	26	5,95%
Sem classificação	23	5,26%
Roubo	10	2,29%
Latrocínio	5	1,14%
Furto	4	0,92%
Homicídio qualificado	4	0,92%
Tráfico de drogas e condutas afins	4	0,92%
Furto qualificado	3	0,69%
Extorsão mediante sequestro	2	0,46%
Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente	2	0,46%
Crimes de tortura	1	0,23%
Crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente	1	0,23%
Decorrente de violência doméstica	1	0,23%
Estelionato	1	0,23%
Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	1	0,23%
Homicídio simples	1	0,23%

Fonte: Os autores

Em síntese, este primeiro momento revelou-se fundamental para aproximação com o objeto da pesquisa. O número de 437 decisões que derivaram da consulta e a crescente produção de acórdãos que suscitaram a expressão “falsas memórias” nos últimos sete anos surpreenderam diante dos resultados que eram esperados pelos pesquisadores ao idealizar o projeto.

A partir dos resultados obtidos, avaliou-se ser necessário incluir na fase seguinte os julgados proferidos em sede de Recurso em Sentido Estrito, e não apenas de Apelações Criminais como inicialmente pensou-se o estudo.

Assim, as informações exploradas apontaram que a discussão do fenômeno das falsas memórias não é tão incomum na jurisprudência do TJRS como se pensava e vem sendo trazido ao debate há mais de dez anos. Ademais, embora tenha sido inicialmente tímida, a incidência do tema nos julgados está ascendendo no Estado, o que pode demonstrar um possível aumento na familiaridade e, porque não, na preocupação dos atores judiciais com a psicologia do testemunho e a sua influência no deslinde processual.

Por fim, os dados revelaram ocorrer nos crimes sexuais a maior frequência da problemática, os quais são geralmente cometidos às escondidas e, na maioria das vezes, possíveis de serem esclarecidos tão somente com a prova oral.

A segunda etapa da pesquisa teve como objetivo observar como o fenômeno das falsas memórias sobre a prova oral – palavra da vítima e testemunho – tem sido percebido nos julgamentos de Recursos de Apelação e Recursos em Sentido Estrito pelo TJRS. Cumpre referir que as informações aqui trabalhadas tiveram por base os resultados da análise de conteúdo efetuada no tópico anterior. A Tabela 3 representa a primeira categorização dos acórdãos.

TABELA 2 – Relação de Decisões por Âmbito Processual

Tipo de Processo	Nº de Decisões
Apelação Crime	394
Recurso em Sentido Estrito	5

Fonte: Os autores.

A partir dos dados obtidos pela pesquisa exploratória, foram separadas, inicialmente, as 41 decisões mais antigas das 394 listadas na busca por Apelação Crime, restando compreendidas todas aquelas proferidas no período de setembro de 2004 a novembro de 2011. Foram escolhidos os 41 julgados mais antigos, pois desde o primeiro contato com os acórdãos se buscou empregar critérios objetivos de seleção para futura análise de conteúdo, a fim de evitar eventuais tendências pessoais na sua escolha. Verificou-se que essas decisões compreendiam a discussão da prática de diversificados tipos penais (estupro, atentado violento ao pudor, roubo simples e majorado, tráfico de drogas). Além disso, representaram também uma amostra da crescente produção de acórdão, começando com 1 julgado em 2004 chegando até 15 julgados em 2011. Como o objetivo não era esgotar a leitura de acórdãos, mas sim criar uma aproximação com as decisões judiciais que tratavam do tema das falsas memórias, entendeu-se ser suficiente a leitura desses julgados. Em seguida, foram lidos em profundidade os julgados¹⁸, a fim de tomar-se contato com o seu conteúdo.

Não se descartando a possibilidade de novas inclusões, foram definidas, a princípio, os seguintes problemas: a) qual o contexto em que a expressão “falsas memórias” foi trazida; b) que meio probatório teve sua credibilidade analisada, se a palavra do ofendido ou o testemunho; c) houve o emprego de alguma técnica de entrevista para a tomada das declarações; d) foi reconhecida a ocorrência de falsas memórias; e) acaso reconhecida a presença das falsas memórias, qual o fator de contaminação foi apontado; f) se o meio probatório questionado constituiu-se em elemento de convicção do julgador; g) como foi a abordagem da fundamentação da decisão sobre o assunto; e h) qual o resultado do processo.

De pronto, dessa prévia leitura, entendeu-se por necessário ampliar o campo de abordagem da pesquisa para incluir a prova decorrente também da palavra de crianças e adolescentes, acrescentando-se aos problemas de estudo a idade dos declarantes. Embora o foco do presente trabalho seja a criação de falsas memórias em testemunhas adultas,

¹⁸ Lawrence Bardin denomina esta etapa da pesquisa de *leitura flutuante*, que consiste na atividade de estabelecer contato com os documentos a serem analisados e de conhecer o texto a fim de retirar impressões e orientações para as etapas seguintes (BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luis Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 96).

mostrou-se ser essencial a inclusão daqueles acórdãos que tratavam do falseamento da memória em menores de idade à efetiva análise da percepção e repercussão do fenômeno estudado na jurisprudência. Ademais, o reduzido (quase nulo) número de decisões que, nesse primeiro momento, aportaram o debate sobre o testemunho de pessoa maior de idade implicaria em poucos recursos para a pesquisa.

Ainda, observou-se ser importante abarcar nas questões de estudo a análise quanto à realização de prova pericial destinada a constatar a produção de falsas memórias nos casos concretos, haja vista terem sido encontrados diversos acórdãos que traziam essa informação. Esse dado igualmente se revela significativo na compreensão de como o fenômeno do falseamento da memória tem sido percebido no âmbito jurisprudencial.

Ademais, ao final desse primeiro e breve contato, avaliou-se ser suficiente a retirada de uma amostra das decisões para um exame mais acurado, através de escolha aleatória, estabelecendo-se, diante do volume de acórdãos listados, um percentual mínimo de 20% sobre as decisões proferidas em cada âmbito processual¹⁹. Foi selecionada uma amostra de 20% das decisões relacionadas a cada tipo penal, pois diante do grande número de decisões que resultaram da consulta (399, das quais 394 apelações e 5 RSE), este percentual resultaria em, aproximadamente, 80 decisões. Entendeu-se ser suficiente este número para se traçar tanto um estudo quantitativo, como qualitativo da repercussão das falsas memórias no TJRS. Ademais, a retirada de amostra para a análise qualitativa encontra guarida na metodologia da análise de conteúdo de Lawrence Bardin.

Aquelas decisões oriundas do julgamento de apelações criminais foram, ainda, sorteadas dentro de cada tipo penal relacionado de acordo com o filtro “Assunto CNJ” (Tabela 4). Já aquelas oriundas do julgamento de Recurso em Sentido Estrito foram escolhidas sobre o total do resultado, a um porque contemplam apenas 5 decisões; a dois porque, estão relacionadas ao tipo penal de homicídio simples e qualificado (Tabela 5).

Optou-se por um percentual mínimo não absoluto, pois, como se vê da Tabela 4, para alguns delitos resultaram poucos acórdãos, tais como: furto (4) e furto qualificado (2); tráfico de drogas (3); extorsão mediante

¹⁹ Conforme Tabela 4, foram listados 394 acórdãos proferidos em sede de Apelação Crime; 5 em sede de Recurso em Sentido Estrito; e 5 em sede de Revisão Criminal.

sequestro (2); satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (2); crime de tortura (1); crime previsto no ECA (1); crime decorrente de violência doméstica (1); estelionato (1); e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (1). Nesses casos, foi analisada ao menos uma decisão sobre cada tipo penal relacionado, resultando num percentual maior de 20%.

TABELA 3 – Relação de Delitos Abordados em Apelações

Tipo Penal	Nº de Decisões
Estupro de vulnerável	185
Roubo majorado	74
Atentado violento ao pudor	55
Sem classificação	22
Estupro	24
Roubo	10
Latrocínio	5
Furto	4
Tráfico de drogas e condutas afins	3
Furto qualificado	3
Extorsão mediante sequestro	2
Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente	2
Crimes de tortura	1
Crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente	1
Decorrente de violência doméstica	1
Estelionato	1
Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	1

Fonte: Os autores.

TABELA 4 – Relação de Delitos Abordados em Recurso em Sentido Estrito

Tipo Penal	Nº de Decisões
Homicídio qualificado	3
Homicídio simples	1
Sem classificação	1

Fonte: Os autores.

Desse modo, chegou-se ao total de 82 decisões judiciais, sendo 81 oriundas de Apelações Criminais e 01 de Recurso em Sentido Estrito. Para a escolha aleatória, foi utilizado o serviço de sorteio “Gerador de Sequência Aleatória” disponibilizado gratuitamente em Random.org²⁰.

Do total de acórdãos analisados (82), alguns não apresentaram dados claros relacionados ao foco do estudo, embora tenham dado entrada sob a temática das falsas memórias. Esses acórdãos apareceram nos resultados da busca por conterem uma ementa (5), ou a transcrição de depoimentos (2), ou a citação de uma obra (2) com o uso da expressão falsas memórias. Ainda, 18 decisões tratavam da ocorrência de falsas memórias no ato de reconhecimento dos acusados, relacionados predominantemente a delitos contra o patrimônio. Esses julgados (27) serão utilizados para pesquisas futuras.

De outro lado, os acórdãos que trouxeram a palavra-chave no voto propriamente dito (30), na síntese da tese defensiva exposta no Relatório do acórdão (11), nas transcrições de perícias psicológicas/psiquiátricas adotadas como razões de decidir (14) foram examinados mais detidamente. Assim, ao final da leitura chegou-se a um total de 55 decisões judiciais que contemplavam o objeto de pesquisa. A partir desse ponto foi necessário fazer uma leitura acurada dos acórdãos, extraindo-se deles os dados para análise.

2.1.1. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Acreditamos que o importante incremento no número de citações do tema, entre 2013 e 2016, tenha sido causado por alguns importantes

²⁰ RANDOM.ORG. Randomness and Integrity Services Ltd. Dublin, Irlanda, 1998. Disponível em: <<https://www.random.org/sequences/>>. Acesso em: 30 set. 2017. Tradução livre para *Random Integer Generator*.

fatores. Primeiro, houve movimento importante da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em capacitar seus defensores para trabalhar com o tema das falsas memórias.

Isso porque, em uma das decisões que foram analisadas, proferida em 2017, pela 7ª Câmara Criminal (Apelação Crime nº 70073710907), deparou-se com a referência à utilização da tese de falsas memórias pela Defesa, conforme se extrai de trecho da decisão que ora se colaciona: “Além disso, não se cogita da tese de “falsas memórias” que vem sendo inadequadamente empregada pela defesa pública [...]”. Ademais, o que se verificou é que a maior produção de julgados que abordou o tema era oriunda da 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Câmara, cuja competência é julgar crimes contra a dignidade sexual e contra o patrimônio, ademais de crimes de trânsito e demais infrações penais.

Não se pode afirmar, pelos dados coletados – até mesmo porque a identificação do julgador não foi incluída nas hipóteses da pesquisa –, que o crescimento esteja relacionado à construção de algum desembargador em especial. Ainda, outra hipótese a ser aventada para o incremento é que o período também coincide com o lançamento de três trabalhos específicos sobre o assunto²¹.

Conforme exposto anteriormente, foram analisados 55 acórdãos proferidos em sede de Apelação Criminal (54) e Recurso em Sentido Estrito (1) que trataram sobre o tema das falsas memórias. Os resultados dessa análise serão ilustrados através de dados quantitativos e fragmentos representativos das decisões.

Inicialmente, quanto ao meio probatório sobre o qual foi suscitada a ocorrência de falsas memórias, 94,55%, ou seja, 52 casos trataram da temática sobre a palavra da vítima, enquanto apenas 5,45%, ou seja, 03 casos diziam respeito ao testemunho. Esses dados indicam, de pronto, que, não obstante o tema esteja ganhando espaço pela crescente de decisões que resultaram nos últimos 07 anos, conforme visto por ocasião da primeira etapa da pesquisa abordada no tópico anterior, o foco está direcionado à

²¹ Falamos de STEIN, Lilian M. (Org.). *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Artmed, 2010; DI GESU, Cristina de. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

palavra da vítima. Vê-se que o debate sobre as falsas memórias quando se trata de prova testemunhal ainda é pouco recorrente.

No que tange à classificação pela idade da pessoa que teve a credibilidade do relato questionado, foram divididos em três grupos: criança – até doze anos –, adolescente – de doze a dezoito anos – e adulto – acima de 18 anos. Obteve-se o seguinte quadro: em 43 acórdãos (78,18%) traziam ao debate a criação de falsas memórias em crianças; 04 em adolescentes (7,27%); e 08 em adultos (14,55%).

No que se refere à técnica empregada na entrevista judicial, em apenas 18,18% dos casos adotou-se um método especial de oitiva, o qual consistia no Sistema do Depoimento Sem Dano ou Depoimento Especial²². Disso, observou-se que todos os processos em que a referida técnica foi empregada estavam relacionados a delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Por outro lado, em 80% dos casos não foi – ou, ao menos, não se pode depreender que tenha sido – aplicada técnica especial de oitiva, mesmo se tratando de testemunho infantil; em 1,82% sequer houve a entrevista judicializada.

Nesse ponto, pode-se observar em alguns julgados que já há uma preocupação quanto ao tipo de pergunta formulado durante a entrevista da vítima ou da testemunha, encontrando-se importantes considerações

²² Idealizado pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar e implantado como Projeto-piloto em 2003 no 2º Juizado da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, consiste em um método especial de tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas e/ou testemunhas de violência. A metodologia do Depoimento Especial permite retirar de dentro da sala de audiências tradicional, que é um espaço formal, a criança ou adolescente vítima de violência, que necessite ser ouvida em juízo. Assim, em uma sala especial, mais acolhedora e garantindo a segurança da criança ou adolescente, será realizada uma escuta protegida, menos invasiva, preservando, desta forma, sua dignidade. Na sala especial, permanecerá somente a criança ou adolescente vítima/testemunha e o entrevistador, que poderá ser um assistente social ou um psicólogo. Este profissional deverá ser capacitado em entrevista forense com crianças e adolescentes, possibilitando o relato livre e adequando as perguntas à linguagem infanto-juvenil. O Depoimento Especial contribui também para a redução do número de oitivas de crianças ou adolescentes, pois sendo a entrevista gravada em vídeo, a mídia será anexada ao processo, evitando, desse modo, a repetição de depoimentos dentro do Sistema de Justiça (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Depoimento especial*. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/depoimento-especial>>. Acesso em: 21 out. 2017).

acerca de realização de perguntas abertas ou fechadas²³. É o que se extrai da Apelação Crime nº 70051100709, da Terceira Câmara Criminal, cujo trecho ora se colaciona:

Após oito meses, a menina é ouvida em juízo (28/06/2011). Observo, da transcrição, que foi questionada com perguntas fechadas e sugestivas, que apresentam uma informação e eliciam resposta do tipo sim e não. Trata-se, com a devida vênia, de maneira menos adequada para retirar o máximo de informação acurada, óbice metodológico na técnica de entrevista para o qual os operadores do direito em geral, e o Poder Judiciário em particular, precisam atentar. Além da qualidade das perguntas, verifica-se que o pretor-entrevistador apresenta várias perguntas numa única formulação, aspecto que dificulta a compreensão por parte da interrogada, ainda mais quando se trata de uma criança tão pequena.

Oito meses é um grande lapso de tempo para uma criança desta idade, cujo processamento de memória ainda é predominantemente literal e, deste modo, os traços de memória são mais rapidamente perdidos com o tempo. Oito meses corresponde a um quinto da vida de uma criança de três anos e nove meses. As repostas de crianças pequenas – pré-escolares – a perguntas fechadas têm pouco valor do ponto de vista da precisão da memória, pois esta faixa etária é especialmente suscetível à aceitação de sugestões através deste tipo de perguntas. Assim, o fato da criança, em juízo, após oito meses, ter negado que o ‘titio’ tenha lhe batido de chinelo não tem valor no que tange à fidedignidade da memória, bem como não teria se ela tivesse respondido sim (pois foi uma resposta a uma pergunta fechada). De modo inverso, nota-se que quando a criança, em juízo, responde a perguntas abertas e menos sugestivas (‘Alguma vez ele já te deu com alguma coisa assim?’; ‘Conta pro tio o que aconteceu com vocês...’), espontaneamente relata que foi agredida com um tênis, que saiu sangue do nariz²⁴. (grifo do autor).

²³ De acordo com os estudos da Psicologia do Testemunho, as perguntas fechadas são as mais sugestionáveis possíveis. A sugestão externa como, por exemplo, de um entrevistador (escrivão, juiz, partes) será uma das principais fontes geradoras de Falsas Memórias. Sobre isso, ver: STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR*, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70051100709*, da 3ª Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: A.G.O. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2012.

Embora a questão tenha sido trazida no âmbito do testemunho infantil, o testemunho adulto também pode ser sugestionado pelo emprego de perguntas fechadas. Inclusive, a técnica da entrevista cognitiva determina que se inicie o questionamento com perguntas abertas para possibilitar o relato livre.

Em sentido semelhante, ainda se tratando de testemunho infantil, também já se atenta à falta de cuidado nas entrevistas realizadas ao longo de toda a persecução penal – englobando tanto a fase investigativa quanto a judicial, assim expressado na *Apelação Crime nº 70050611151*, da Primeira Câmara Criminal:

Infelizmente, no mais das vezes, diante de inúmeros depoimentos e entrevistas sem o devido cuidado, a criança acaba incorporando em seu relato a respeito de fatos concretos informações sugeridas pela situação gerada nos próprios depoimentos e/ou dados sugeridos por adultos que com elas trataram sobre o assunto e/ou, ainda, dados simplesmente fantasiosos²⁵.

Quanto à submissão do entrevistado à avaliação pericial de cunho psicológico ou psiquiátrico, verificou-se que em 65,45% dos casos foi realizada perícia para atestar a veracidade das declarações tomadas, dos quais 34,55% mencionaram que o exame contou com quesito específico acerca da presença ou não de falsas memórias na narrativa, enquanto 30,91% apenas aferiram sobre a credibilidade do testemunho.

Aliás, salienta-se que todas as avaliações se deram sobre a palavra da vítima, criança e adolescente, no contexto de delitos contra a dignidade sexual. E que, embora, aproximadamente, metade delas tenha trazido expressamente a análise sobre a criação ou não de falsas memórias, o objetivo primordial dessas perícias era constatar a veracidade das narrativas sobre a ocorrência ou não de abuso, e não propriamente o processo mnemônico do falseamento da memória – não obstante esteja, na grande parte, implícito.

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70050611151*, da 1ª Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Wilson Pelufe de Carvalho. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012.

A fim de elucidar o ponto, colaciona-se um exemplo em que a perícia adotada como razão de decidir avaliou expressamente a presença de falsas memórias no relato da vítima e outro em que somente atestou a veracidade do depoimento, respectivamente:

Por outro lado, insta salientar que a perita médico-legal psiquiatra, após tomar o relato da vítima-periciada, consignou que ‘*a periciada não apresenta limitação alguma de ordem psicológica ou limitação em suas capacidades cognitivas que a impeçam de emitir um relato válido*’, assim como que ‘*A possibilidade de falsas memórias neste contexto se torna muito remota*’, sendo que, ao final, concluiu que ‘*A periciada apresenta sofrimento psíquico decorrente da situação relatada. As alterações emocionais e comportamentais apresentadas pela periciada, em conjunto com a declaração emitida, são compatíveis e reforçam a hipótese de abuso sexual intra familiar.*’²⁶. (grifo do autor).

De ressaltar, igualmente, as conclusões esposadas pelo perito médico-legal no sentido de S. O. B. apresentar ‘limitação de ordem neuropsíquica por prejuízo de suas capacidades cognitivas decorrentes de retardo mental [...] moderado’, revelando-se provável que as informações básicas então fornecidas pela mesma correspondam ‘a recordações realmente vivenciadas’ (fls. 201-205)²⁷.

Vê-se, com isso, que o tema ainda não é quesito específico de costume nas avaliações periciais realizadas para se atestar a veracidade ou não da palavra da vítima ou da testemunha. Observou-se, ainda, das 19 decisões que destacaram ter havido a abordagem expressa das falsas memórias nas perícias psicológicas ou psiquiátricas realizadas, que em dois casos foi aplicada a técnica da entrevista cognitiva aprimorada²⁸.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70064554017*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante: E.S.L. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2015.

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70053638847*, da 7ª Câmara Criminal. Apelante: P. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 29 de abril de 2014.

²⁸ A técnica da Entrevista Cognitiva é uma das mais eficazes para gerar sugestionabilidades em questionamentos. Têm sido utilizada há mais de 20 anos em países como o Reino Unido no aprimoramento das entrevistas forenses. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N°*

Ademais, 34,55% do total das decisões analisadas não mencionaram ter havido a submissão da pessoa cujo relato teve sua credibilidade questionada ao exame técnico psicológico/psiquiátrico.

Traçado esse caminho, adentrou-se, então, na análise acerca da forma como o fenômeno das falsas memórias vem sendo percebido pelo TJRS e como tem repercutido no resultado do processo. Verificou-se que em todos os casos a prova cuja credibilidade foi questionada em razão da possibilidade da produção de falsas memórias foi o principal meio probatório utilizado para a formação do convencimento dos julgadores, tanto para um juízo de condenação (92,73%), como de pronúncia (1,82%), como de absolvição (5,45%).

Ao se buscar uma análise sobre como vem sendo realizada a fundamentação nos acórdãos para o reconhecimento ou não das falsas memórias, estabeleceram-se alguns critérios com vistas ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁹: consideraram-se como detalhadamente fundamentadas as decisões judiciais que discorreram sobre o tema com base na literatura científica, bem como aquelas que adotaram o resultado das perícias psicológicas/psiquiátricas realizadas nos autos como razões de decidir. Por outro lado, entendeu-se que houve uma análise superficial do tema quando o voto se limitou a afastar ou reconhecer as falsas memórias, sem a realização de laudo pericial ou embasamento científico sobre a temática, assim como quando se deteve à análise da prova oral carreada ao processo e à credibilidade do depoimento/testemunho, sem, contudo, abordar expressamente o falseamento da memória – nesses

70061654463, da 8ª Câmara Criminal. Apelante: L.M.M. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 11 de maio de 2016.; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70058885583*, da 8ª Câmara Criminal. Apelante/Apelado: Ministério Público. Apelante/Apelado: V.F.G. Relatora: Des.^a Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 28 de maio de 2015.

²⁹ “CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

casos, a expressão veio contida na síntese das razões recursais defensivas dispostas no relatório do acórdão.

A fim de ilustrar esses critérios, colacionam-se os exemplos a seguir:

A) *ABORDAGEM DETALHADA DO TEMA:*

Em processo relacionado ao delito de tráfico de drogas, a defesa suscitou contradição entre os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante dos réus. Em análise da ausência ou não de homogeneidade em pontos periféricos do teor dos depoimentos questionados, foram abordados vários fatores, como visão, atenção, percepção, memória, comunicação e redação do depoimento. A expressão “falsas memórias” foi mencionada quando da abordagem do fator “memória” da testemunha, consoante se depreende de trecho do voto de lavra da Desembargadora Relatora Osnilda Pisa, proferido na Apelação Crime nº 70036509917, da Segunda Câmara Criminal:

Trata-se, pois, de falta de homogeneidade, em pontos periféricos, nos relatos dos policiais sobre a dinâmica dos fatos. Contudo, isso longe está de caracterizar contradições capazes de fragilizar o acervo probatório. Ao contrário, demonstra que não se trata de versões preparadas. Além disso, a ausência de homogeneidade em pontos periféricos do teor dos depoimentos consignados decorre de vários fatores:

(a) *visão*: cada um dos três policiais visualizou o atuar do réu de um lugar diferente. Não podemos esquecer que eles se encontravam em policiamento motorizado e, evidentemente, a posição dentro da viatura afetou a visão que cada um (motorista, caroneiro sentando ao lado do motorista e no banco traseiro);

(b) *atenção*: a atenção dos três policiais poderia estar focada em pontos diversos. Das versões apresentadas por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 27/30), quando os eventos visualizados se encontravam mais vívidos na memória, percebe-se que os policiais, inicialmente focaram sua atenção no corréu Ralf:

[...]

c) *percepção (ou apercepção)*: além da realidade vista (fatos externos), agrega valores e vivências individuais (fatos internos), como, por exemplo, concluir que os dois denunciados estavam conversando simplesmente porque estavam próximos, ainda que a testemunha não tenha ouvido o teor da conversa ou visualizado efetivamente os dois conversando.

(d) *memória*: depende da capacidade de cada testemunha para fixar, conservar, reconhecer e evocar (lembrar) os acontecimentos. Nesse processo, detalhes são esquecidos, outros alterados e, ainda, alguns acrescentados. É o caso das falsas memórias. São lembranças que não correspondem ao acontecimento, informação que não guarda fidelidade ao original. No caso dos policiais militares, que atuam em equipe, acabam reunindo as informações de cada um, os detalhes que cada um presenciou, de modo a formarem um relato da dinâmica do evento na sua integralidade. E, muitas vezes, ao evocarem a memória do fato testemunhado, recordam de detalhes inicialmente relatados por um colega e não necessariamente presenciados.

(e) *comunicação*: A forma como a testemunha transmite a narrativa do acontecimento. Algumas testemunhas são prolixas e outras, extremamente concisas no relator acontecimentos.

(f) *redação do depoimento* (art. 215 do CPP). Em que pese a orientação legal, exceto quando o depoimento é gravado (ainda assim aparecem falhas da gravação, especialmente quanto à pontuação, que pode alterar completamente o sentido de uma frase), sabe-se o quanto é difícil, na redação do depoimento, o inquiridor, cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Com essas informações, é possível compreender a origem da falta de homogeneidade entre os depoimentos consignados na repartição policial e em juízo, e entre os depoimentos das testemunhas sob o crivo do contraditório. Por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, os detalhes estão mais vívidos na memória das testemunhas, mas a forma de inquirição da testemunha e de redigir o depoimento, por si só, acaba interferindo no conteúdo do termo de declarações e, muitas vezes, afetando a própria memória da testemunha.

Vejamos, então, os relatos das testemunhas apresentados em juízo, quase três meses depois do evento e, provavelmente, com atendimento de várias outras ocorrências similares, situação que também pode interferir na memória do evento:

[...]

Por conseguinte, muito embora toda a gama de fatores que influenciam a redação final do depoimento das testemunhas, no caso, não há contradições³⁰. (grifo do autor).

Em processo relacionado ao delito de estupro de vulnerável, a defesa postulou o reconhecimento de falsas memórias no relato da vítima com 09 anos de idade à época do fato. A decisão, além de afastar a tese defensiva com base na literatura nacional, trouxe interessante entendimento, no sentido de que cabia à defesa postular a realização de perícia psiquiátrica com a inclusão de quesito específico para tanto. Esse entendimento não restou isolado no conjunto das decisões analisadas, como adiante se abordará. A Desembargadora Relatora Naele Ochoa Piazzeta, em voto proferido na Apelação Crime nº 70070854104, da Oitava Câmara Criminal, trouxe excertos de literatura que trata do tema das falsas memórias:

Cumpre examinar a argumentação defensiva no sentido de que as declarações do ofendido estariam impregnadas de falsas memórias, estas provenientes de traumas ocasionados pelo modo autoritário como o acusado criou o infante, o que igualmente cumpriria por afastar o seu valor como meio de prova válido à condenação.

Com efeito, por falsas memórias entende-se os registros mnemônicos de determinado evento como sendo verdadeiros, quando, em realidade, jamais teriam ocorrido, comportando trazer à colação os ensinamentos de Jorge Trindade⁵ acerca do tema, com o que evito tautologia:

“[...]”

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70036509917*, da 2ª Câmara Criminal. Apelante: Fabio Machado Alves. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Osnila Pisa. Porto Alegre, 22 de abril de 2012.

As declarações, sejam elas fornecidas por crianças ou adultos, podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Quando falsas, a desconformidade pode decorrer tanto de fatores externos (exógenos) – também denominados ecológicos –, quanto de fatores internos (endógenos). Do ponto de vista estritamente psicológico, elas podem apresentar um elemento motivacional deliberado e proposital (mentira) ou não (falsas memórias).

Nesse aspecto, a falsa memória, como conjunto de características que compõe uma síndrome, é referida, em geral, como uma evocação mnêmica relativa a fato não acontecido (fato inexistente, em relação ao qual a mente está *in albis*), mas ela também pode se apresentar como uma distorção perceptiva na qual a recordação ou sua evocação recai sobre fato existente, modificado por refrações da realidade, isto é, uma memória configurada de maneira parcialmente equivocada (memórias distorcidas), em qualquer das hipóteses, geradas pelo próprio sujeito ou implantadas por outrem, mas para ele tidas e havidas como reais e verdadeiras.

[...]” (TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58).

Do exposto, reafirmo ser inegável a ocorrência dos fatos descritos na incoativa, manifesta a validade dos relatos do vulnerável, estes avigorados pelas declarações das demais testemunhas ouvidas em pretório e pelo parecer psicológico encartado às fls. 35-36, não passando, a tentativa da desqualificá-los, de vertente carecedora de credibilidade.

É dizer, nada foi produzido no sentido de comprovar que eventuais traumas pretéritos – decorrentes da forma arbitrária como o pai criou o filho – tenham influenciado nos processos de memorização e de esquecimento do infante.

Friso, porque adequado, que novamente aqui cabia à defesa postular a realização de perícia psiquiátrica, com a elaboração de quesitos onde a questão poderia ser devidamente trabalhada, sendo que, ao deixar o tema passar incólume durante a instrução,

não se revela capaz, agora, em sede recursal, de incutir dúvida passível de acolher a pretensão absolutória embasada em alegadas falsas lembranças³¹.

Consoante referido, os casos em que a formação de falsas memórias foi objeto de quesito específico na perícia realizada para constatar a credibilidade do relato, em que pese não ter havido uma maior aproximação quanto aos conceitos e peculiaridades desse fenômeno, consideraram-se atendidos os requisitos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal quanto à temática.

A elucidar, cita-se a decisão proferida no julgamento da Apelação Crime nº 70053602108, na qual o relator destacou o resultado da prova técnica para afastar a ocorrência de falsas memórias. No caso concreto, o laudo de avaliação psiquiátrica confirmou a coerência da narrativa da ofendida e ressaltou ser remota a possibilidade de falsas memórias naquele contexto, pois se tratava “[...] de mais de um episódio recordado e a perícia teria de criar uma falsa memória para cada episódio. Além disso, pouco tempo transcorreu entre os fatos e o presente exame, o que reduz a possibilidade de haver distorções na memória da vítima³²”.

B) ABORDAGEM NÃO DETALHADA DO TEMA:

O que se percebeu dos julgados em que não houve uma análise mais aprofundada sobre o fenômeno das falsas memórias é que há um exame sobre o depoimento das vítimas e das testemunhas que presenciaram os fatos com base nos próprios relatos que se encontram nos autos. Faz-se, por vezes, uma relação entre o relato prestado na fase policial e na fase judicial e, em não havendo discrepâncias ou existindo divergências em detalhes considerados irrisórios, resta afastada a ocorrência

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70070854104*, da 8ª Câmara Criminal. Apelante: E.P.K.. Apelado: Ministério Público. Relator: Des.^a Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 30 de novembro de 2016.

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70053602108*, da 7ª Câmara Criminal. Apelante: D.D.M. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 20 de junho de 2013.

de falsas memórias. É o caso da Apelação Crime nº 70063302889, da Sexta Câmara Criminal:

O relato fornecido pela vítima é deveras concreto e coeso, não transparecendo que seja fruto de falsas memórias, porventura oriundas de algum trauma de violência sofrido imediatamente após o término da carona que lhe foi dada. Outrossim, a narrativa fornecida em juízo converge com o seu depoimento colhido na fase investigatória, ainda no Hospital de Pronto Socorro desta Capital, nosocômio em que foi atendida e onde há posto da Polícia Civil (fl. 08) ³³.

Em sentido semelhante, foi o voto extraído da Apelação Crime nº 70066114307, no qual, após ser analisada a palavra da vítima, apenas referiu que nada havia no processo a indicar a ocorrência de falsas memórias³⁴. Igualmente, na Apelação Crime nº 70060770138, foi destacado que não existia nenhuma circunstância no fato que fizesse crer que a vítima, “[...] menor impúbere, desprovida de libido [...]”, tivesse fantasiado o abuso sexual ou que nela tivessem sido inculcadas falsas memórias³⁵.

De outra banda, não obstante tenham alguns acórdãos se debruçado sobre o exame pormenorizado da prova angariada no processo, conferindo credibilidade ou não ao relato sobre o qual havia sido suscitada a ocorrência de falsas memórias pela defesa, não foi abordado expressamente esse fenômeno mnemônico. É o que se depreende da Apelação Criminal nº 70052292844³⁶.

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70063302889*, da 6ª Câmara Criminal. Apelantes: Willian Bittencourt da Silva e Valdecir Daniel Cabral de Miranda. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Bernardete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2015.

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70066114307*, da 8ª Câmara Criminal. Apelante: Gilson Hegner. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 26 de abril de 2017.

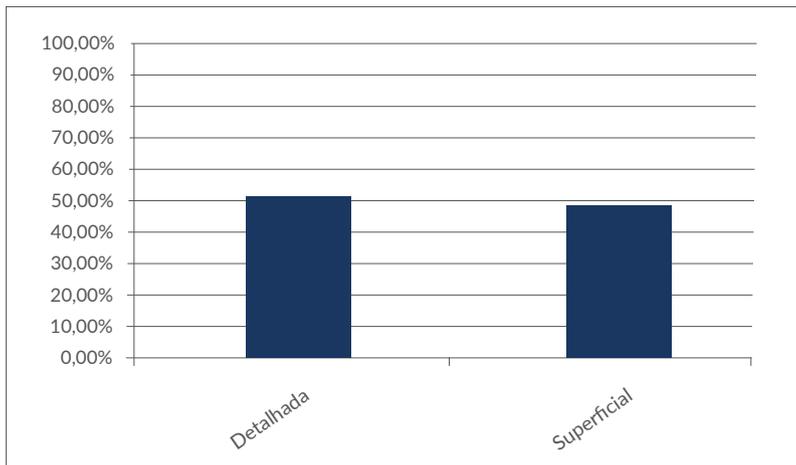
³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70060770138*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante/Apelado: Ministério Público. Apelante/Apelado: J.A.F. Relatora: Des.^a Bernardete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 11 de junho de 2015.

³⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70052292844*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante: A.S.L.. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Bernardete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 08 de maio de 2014.

c) RESULTADO DA PESQUISA

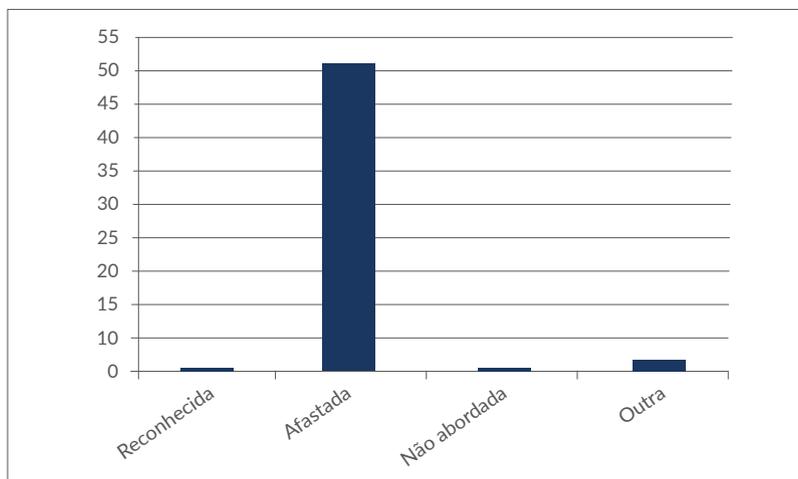
A partir de tais critérios pode-se afirmar que em 50,91% de casos, ou seja, 28 decisões, abordagem do tema das falsas memórias foi realizada de forma detalhada, enquanto em 49,09% de casos, ou 27 decisões, isso foi feito de forma superficial, conforme demonstrado no Gráfico 3.

GRÁFICO 3 – Produção de Acórdãos no Período da Pesquisa



Fonte: Os autores.

Tangente ao reconhecimento de falsas memórias, os números são expressivos: em 92,73% dos casos, ou seja, em 51 decisões analisadas foi afastada a hipótese – aqui também considerados os casos em que foi conferida credibilidade ao testemunho; enquanto em 1,82% dos casos, ou seja, em apenas 01 decisão foi reconhecida a presença do fenômeno mnemônico no relato. Ainda, em 3,64% dos casos, ou seja, em apenas 02 decisões não foi afastada a credibilidade do testemunho, porém também não foi descartada a hipótese de ocorrência de falsas memórias. Por fim, na decisão proferida em Recurso em Sentido Estrito, que representou 1,82% dos julgados apreciados, embora suscitado pela defesa, o acórdão sequer analisou a credibilidade da prova testemunhal. É o que apresenta o Gráfico 4.

GRÁFICO 4 – Repercussão das Falsas Memórias

Fonte: Os autores.

O único acórdão que reconheceu a ocorrência de falsas memórias estava relacionado ao delito de atentado violento ao pudor anterior à alteração legislativa que revogou o artigo 214 do Código Penal. Na ocasião, entendeu-se que o transcurso do tempo entre a data dos fatos e a data do relato judicial da vítima, tomado pelo Sistema do Depoimento Sem Dano, deu ensejo à criação de falsas memórias. Segue trecho do voto emanado da Apelação Crime nº 70064804115:

Assiste razão à defesa.

Inicialmente, esclareço que o fato narrado na denúncia aconteceu no dia 19.11.2003, quando a vítima contava com dois anos de idade. Ocorre que ela somente foi ouvida em 03.08.2010, quando já contava com nove anos de idade, por meio da sistemática do depoimento sem dano. Ressalto que não consta dos autos qualquer oitiva da vítima em momento anterior, seja por psicólogos, conselheiros tutelares ou por outros profissionais da área. *Considerando a idade da vítima à época do fato, evidente que os relatos que fez em juízo, com nove anos de idade, tratam-se de falsas memórias,*

*criadas, possivelmente, com base em relatos que lhe foram feitos pelos familiares (fls. 84-85v)*³⁷. (grifo nosso).

Ainda nessa perspectiva tempo-memória, mesmo que trate de testemunho infantil, interessante destacar mais uma vez a decisão proferida na Apelação Crime nº 70060770138, supracitada, que, ao apreciar a tese defensiva de nulidade do depoimento da vítima colhido através de produção antecipada de prova, entendeu ser o decurso do tempo motivo suficiente para a urgência da coleta da prova oral³⁸.

II) Ilegalidade da produção de prova antecipada

O fato ocorreu em novembro de 2008, quando a vítima possuía apenas oito anos de idade. Depois de recebida a denúncia, houve dificuldade em se apurar a localização do réu, havendo transcorrido mais de um ano sem que fosse citado. Por isso, o Ministério Público, em junho de 2010, postulou a produção antecipada de prova, consistente no depoimento da vítima, considerada a ausência de outra fonte probatória acerca do fato delituoso, bem como a efemeridade da memória infantil, principalmente em se tratando de episódio traumático.

Com efeito, a cautela por parte do Ministério Público se mostrava deveras razoável, já que não havia como, no exercício de futurologia, prever quando o réu seria encontrado e citado, e quando dar-se-ia a instrução processual, o que evidenciava a urgência na colheita do depoimento.

Outrossim, o devido processo legal restou observado, havendo a Defensoria Pública intervindo na produção da prova, cujo

³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70064804115*, da 7ª Câmara Criminal. Apelante: A.T.C.S. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry. Porto Alegre, 09 de junho de 2016.

³⁸ O tempo atua de forma determinante para a diminuição da nitidez da memória, inclusive em termos de detalhes a serem lembrados pela testemunha. Esta questão pode impactar determinantemente na realização da prova, necessitando-se estudar os possíveis impactos deste fator ao processo penal. Neste sentido: ALTOE, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017.

contraditório não foi repellido, mas tão somente diferido, inexistindo nulidade de qualquer espécie.³⁹.

Contudo, cumpre dizer que os entendimentos supracitados restaram praticamente isolados diante das demais decisões analisadas. Isso porque o que se observou nos julgados é o entendimento de que o transcurso do tempo entre o relato prestado na fase da investigação e aquele prestado na fase judicial tanto pela vítima como pela testemunha, justificaria as discrepâncias entre as narrativas, e que em razão disso eventuais inconexões de detalhes seriam aceitáveis.

Em que pese seja cediço na literatura científica que o lapso temporal entre a data da aquisição e a da evocação da memória interfere no processo mnemônico, podendo contaminá-lo e dar ensejo a falsas memórias, esse fator, na maioria das vezes, não foi considerado negativamente na apreciação da prova oral. O entendimento que se extrai dos julgados é no sentido de que, se as declarações da vítima se mantêm íntegras, eventuais discrepâncias adviriam do tempo transcorrido entre a data do fato e a audiência de instrução e julgamento⁴⁰.

Seguindo-se às duas decisões nas quais não foi afastada a credibilidade do testemunho, mas também não foi descartada a hipótese de ocorrência de falsas memórias, ambas também foram lançadas em processos relacionados a delitos contra a dignidade sexual de crianças. Além disso, o sugestionamento externo pelos familiares foi considerado como possível fator de contaminação da palavra das ofendidas nos dois casos.

O julgador que proferiu o voto na Apelação Crime nº 70054703061 convenceu-se de que não existiam subsídios no processo que pudessem dar credibilidade à palavra da vítima. Em que pese não tenha sido questionada a veracidade do relato da vítima, entendeu-se que o laudo pericial

³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70060770138*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante/Apelado: Ministério Público. Apelante/Apelado: J.A.F.. Relatora: Des.^a Bernardete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 11 de junho de 2015.

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime N° 70041511668*, da 7ª Câmara Criminal. Apelante: E. C. L. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 14 de abril de 2011.

era “[...] dúbio e contraditório, não fornecendo elementos concretos o bastante para a formação de um juízo de certeza acerca do fato denunciado”. Logo, a decisão foi no sentido de que não se podia desprezar completamente a possibilidade de que tivesse havido alguma influência externa na formação do relato da vítima ou mesmo se tratar de falsas memórias⁴¹, resultando absolvido o acusado.

No mesmo sentido, foi o julgamento da Apelação nº 70037037637, no qual o julgador entendeu que, embora não parecesse ser caso de implantação de falsas memórias na vítima, tudo indicava que a acusação havia sido fruto de “[...] uma grande e louvável preocupação da avó da menina, ao flagrá-la manipulando os órgãos genitais, bem como da própria mãe da criança [...]”⁴².

Por fim, atenta-se, ainda, para o posicionamento manifestado em alguns julgados no sentido de ser da defesa o ônus de provar a contaminação do testemunho pela presença de falsas memórias, cabendo ao réu “[...] postular a realização de perícia psiquiátrica, com a elaboração de quesitos onde a questão poderia ser devidamente trabalhada [...]”. Inexistindo tal requerimento durante a instrução, restou afastada a possibilidade de se discutir, em sede recursal, “[...] a pretensão absolutória embasada em alegadas falsas lembranças”⁴³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados apontaram que, na grande maioria dos julgados, a tese de falsas memórias foi afastada. No único acórdão em que foi expressamente reconhecida, se tratava da palavra da vítima e o fator de contaminação

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70054703061*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante: L.F.R. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 14 de novembro de 2013.

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70037037637*, da 6ª Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: S.R.P. Relatora: Des.^a Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 11 de abril de 2012.

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime Nº 70073242539*, da 8ª Câmara Criminal. Apelante: Rafael Santos de Lima. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 10 de maio de 2017.

apontado foi o transcurso do tempo entre a data do fato e a do relato tomado em juízo, sem qualquer análise psicológica/psiquiátrica.

Em que pese alguns acórdãos já tragam uma preocupação maior com a problemática das falsas memórias no testemunho, os resultados demonstram ainda haver um distanciamento dos atores jurídicos sobre a compreensão do tema e da complexidade que o envolve.

A prova testemunhal constitui-se em elemento de convicção fundamental na formação do convencimento do julgador. Independente do delito cometido e da forma como foram tomadas as declarações das testemunhas e, também, das vítimas, a situação com a qual se depara o magistrado, na maioria dos casos, é a de que o processo penal está instruído basicamente com a prova oral. O juízo final, assim, fica submetido essencialmente à palavra de pessoas que tenham presenciado ou vivenciado o fato delituoso, que se substancia, geralmente, em um evento traumático.

A análise desse conjunto probatório costuma ser realizada sob um pensamento binário pelos atores judiciais, típico de um pensar isolado do Direito, sem uma visão interdisciplinar com outras áreas do saber: no testemunho, ou se está dizendo a verdade ou se está mentindo. E mais do que isto, se o indivíduo não possui motivos para mentir ou imputar falsamente a um terceiro desconhecido a prática de um crime, estará, então, falando “a” verdade.

Dentro desse contexto, o tempo transcorrido entre a data do fato e os depoimentos colhidos será irrelevante; o ambiente criado para a oitiva da testemunha e a técnica empregada na realização da entrevista não importarão. Tampouco se a tomada das declarações foi presidida por um julgador parcial que, extrapolando as funções que lhe cabem em um modelo processual acusatório, busca confirmar a versão trazida na denúncia.

Se o caso é de grande repercussão e a mídia tiver feito questão de manter toda a população informada acerca de cada passo das investigações, melhor: o que foi presenciado jamais cairá no esquecimento. Descartada a hipótese de estar a testemunha ou a vítima mentindo, é conferida credibilidade às suas declarações, sendo suficientes a embasar um édito condenatório.

Não se vê prejuízo ao réu, afasta-se a nulidade do ato procedido em desacordo com as formalidades legais, pois crível é o testemunho evocado em juízo que se manteve idêntico ao relato prestado na fase

policial. Até porque, se os diversos depoimentos tomados ao longo de toda a perseguição criminal, mesmo que sem qualquer cuidado, não estiverem em consonância, duvidosa é a testemunha e desacreditada será.

Ocorre que entre a verdade e a mentira, há um mar de possibilidades implicados na memória humana. Há, especialmente, as falsas memórias. O cenário que se encontra no cotidiano forense ignora que a prova oral está intimamente ligada a um complexo processo mnemônico, que depende de fatores que vão além da boa-fé ou da má-fé das pessoas.

Inclusive, surpreendem os experimentos científicos sobre a memória humana. Mais surpreendentes ainda são aqueles que tratam da criação de falsas memórias. Quando se faz um paralelo entre o contexto criado nas experiências laboratoriais e o processo penal, os resultados chegam a ser assustadores.

Desde o início da formação da memória e, conseqüentemente, do testemunho, que ocorre com o presenciar dos fatos, as recordações já podem estar suscetíveis a falhas. Isso porque a aquisição de uma lembrança deve ocorrer de forma atenta e consciente.

Embora não seja a solução de todos os problemas, além de ainda se mostrar distante da realidade forense, pelo tempo que demanda o atendimento de todos os passos da referida técnica, acredita-se que ao menos a capacitação dos atores jurídicos para a formulação de questionamentos apropriados, com perguntas abertas, já poderia exercer um resultado positivo sobre a coleta da prova oral, evitando-se, assim, tamanha exposição da testemunha às sugestionabilidades do entrevistador.

Ademais, a falta de cuidado com a oitiva das testemunhas, para a qual a literatura sobre a psicologia do testemunho chama a atenção, é facilmente identificada na prática. Da leitura dos acórdãos objeto de análise no terceiro capítulo, pode-se observar um distanciamento com a temática. Percebe-se, inclusive, uma falta de conhecimento acerca do tema e da complexidade que o envolve.

Não obstante a problemática das falsas memórias seja suscitada nos acórdãos com certa familiaridade, considerando o vasto número de julgados que resultaram da pesquisa, o que se encontrou, em verdade, foi uma abordagem superficial do fenômeno, faltando compreensão sobre a sua extensão.

A começar pelo resultado quase ínfimo de decisões que tratavam da presença de falsas memórias em testemunho adulto, tendo a matéria sido

trazida predominantemente sobre o testemunho infantil. Esses dados, além de confirmarem haver uma maior preocupação da comunidade jurídica com a memória da criança e do adolescente, reforçam a ideia de que o tema ainda é pouco difundido no âmbito acadêmico e profissional do Direito. Esse resultado ressalta, mais uma vez, a importância do presente estudo.

As decisões judiciais demonstraram, ainda, não haver uma preocupação com as técnicas de entrevista, nem com o ambiente criado para o acolhimento da testemunha ou da vítima, fundamentais para a obtenção de um relato com mais quantidade e qualidade de detalhes. Tais questões se mostraram quase irrelevantes quando analisada a credibilidade dos depoimentos. Até mesmo nos casos que tratavam do testemunho infantil.

Todavia, em todos os casos analisados, a prova cuja veracidade foi questionada teve papel fundamental na formação do convencimento dos julgadores, constituindo-se no elemento central de convicção. Além disso, na grande maioria dos acórdãos, a presença de falsas memórias na prova oral foi afastada, resultando em juízos condenatórios.

Em suma, o que se pode concluir da pesquisa é que, apesar de a tese da presença de falsas memórias na prova oral estar sendo frequentemente suscitada no âmbito recursal, o fenômeno não tem tido grande repercussão no resultado do processo, haja vista o número de decisões que o afastaram sem qualquer embasamento técnico científico que o tema exige.

O que se vê é a necessidade de se repensar a prova testemunhal como ato humano que é, dependente da memória maleável do homem e sujeita à falibilidade dos processos mnemônicos inerentes a cada indivíduo. E mais do que o melhoramento das técnicas de entrevista aplicadas às oitivas, com implementações de ordem legal, que demandariam grandes movimentos no aprimoramento do processo penal, fundamental que, primeiramente, se tome ciência da complexidade do tema das falsas memórias inseridas no seio do testemunho.

Não basta que a lei trate da matéria. Se isso fosse suficiente para se tomar consciência a respeito de temáticas tão importantes ao processo penal, que podem culminar na restrição de um direito fundamental do cidadão tal qual é a liberdade, não se teria ainda hoje, passados nove anos da alteração legislativa que implantou o sistema de *cross-examination* no Código de Processo Penal, juízes presidindo a tomada de depoimento, como se num sistema presidencialista inquisitivo ainda estivessem.

Essencial que se aproxime os atores jurídicos da problemática das falsas memórias, a fim de que ao menos se reflita acerca de seus efeitos na prova testemunhal e, conseqüentemente, na convicção dos juízes. Pequenas medidas decorrentes do simples acesso ao conhecimento, tal como a adoção de perguntas abertas nas entrevistas policiais e judiciais, já seria capaz de transformar o testemunho em um relato livre de sugestões.

De qualquer sorte, apesar de a prova testemunhal não ser imaculada, não se pode deixar de acreditar nesse meio probatório, caso contrário, o próprio homem seria desacreditado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOE, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p255-270.2017>

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FARINACCI, Proserpi. *Tractatus Integer de Testibus*, 1617. Disponível em <http://reader.digitale-sammlungen.de/en/fs1/object/display/bsb10625696_00001.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

GAUER, Gustavo. *Falsas memórias*. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org.). *Memória: cognição e comportamento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. Livro eletrônico. p. 165-183.

LOFTUS, Elizabeth; PALMER, J.C. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, vol. 13, n. 5, p. 585-589, 1974. [https://doi.org/10.1016/s0022-5371\(74\)80011-3](https://doi.org/10.1016/s0022-5371(74)80011-3)

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEUFEULD, Carmem; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

STEIN, Lilian Milnitsk (Org.). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR*, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001. <https://doi.org/10.25110/arqsaude.v5i2.2001.1124>

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Flaviane Baldasso:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, redação, aprovação da versão final.
- *Gustavo Noronha de Ávila:* projeto e esboço inicial, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 17/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/12/2017
- Avaliação 1: 25/12/2017
- Avaliação 2: 04/01/2018
- Avaliação 3: 06/01/2018
- Avaliação 4: 07/01/2018
- Decisão editorial preliminar: 14/01/2018
- Retorno rodada de correções 1: 31/01/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 31/01/2018
- Retorno rodada de correções 2: 05/02/2018
- Decisão editorial final: 05/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.129>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

Execução Penal

O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa

The judicial control of criminal execution in Brazil: ambiguities and contradictions of a perverse relationship

Patrick Cacicado¹

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

patrickcacicedo@gmail.com

 lattes.cnpq.br/6868425451997606

 orcid.org/0000-0002-5623-8224

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar criticamente o controle judicial da execução penal no Brasil. A partir de três aspectos distintos da execução penal, busca-se expor as ambiguidades e contradições da jurisdicionalização da execução das penas no Brasil, cujo debate doutrinário não tem ido além da natureza jurídica deste campo do direito. Para além do debate acerca da necessidade de um controle judicial da execução penal no Brasil, pretende-se apontar para a complexidade da questão a partir de problemas concretos pouco abordados pelos autores da área. Assim, a análise do controle judicial do sistema progressivo, da questão disciplinar, bem como dos direitos relacionados às condições materiais de aprisionamento permite desvelar graves problemas que a temática engendra, especialmente no que se refere às formas de gestão e controle das pessoas presas, de modo a contribuir com o debate para um campo do direito que carece de aprofundamento científico.

PALAVRAS-CHAVE: controle judicial; execução penal; sistema progressivo; poder disciplinar; condições de aprisionamento.

ABSTRACT: *This study aims to analyze critically the judicial control of criminal execution in Brazil. Based on three distinct aspects of criminal execution, it seeks to expose the ambiguities and contradictions of the jurisdictionalisation of the execution of sentences in Brazil, whose doctrinal debate has not gone beyond*

¹ Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

the legal nature of this field of law. In addition to the debate on the need for judicial control of criminal execution in Brazil, it is intended to point to the complexity of the issue from concrete problems that are not very much addressed by the authors of the area. Thus, the analysis of judicial control of the progressive system, the disciplinary question, as well as the rights related to the material conditions of imprisonment, reveals serious problems that the theme engenders, especially as regards the forms of management and control of prisoners, in order to contribute with the debate to a field of law that needs to be deepened scientific.

KEYWORDS: *judicial control; penal execution; progressive system; disciplinary power; conditions of imprisonment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Controle judicial e sistema progressivo de cumprimento de pena; 2. O controle judicial sobre o poder disciplinar penitenciário; 3. O controle judicial das condições materiais de aprisionamento; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em seu estudo sobre a comparação dos estabelecimentos prisionais e suas dinâmicas na América do Norte e na América do Sul, o criminólogo britânico Christopher Birkbeck utiliza como um dos referenciais comparativos o nível de controle judicial sobre a vida prisional². A maior ou menor participação do Poder Judiciário nas questões penitenciárias é um aspecto determinante das características dos sistemas prisionais pelo mundo.

No referido estudo comparativo levado a efeito especialmente entre Estados Unidos e Venezuela, Birkbeck diferencia as duas modalidades de intervenção penal no plano qualitativo, de modo a conferir às prisões do norte um efetivo caráter de encarceramento, enquanto as prisões do sul conferem um caráter que melhor se caracterizaria como internação³.

² BIRKBECK, Christopher. Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, 2010, p. 138 e ss.

³ BIRKBECK, Christopher. Prisiones e internados... p. 143.

Para o criminólogo britânico, nos modelos de “internamento”, a maior intervenção judicial no curso da execução penal é um dos aspectos mais característicos. Com efeito, no Brasil, ainda que possa ser exigida alguma participação técnica e administrativa, a concessão de direitos relativos ao sistema progressivo depende de obrigatória intervenção judicial.

Nos Estados Unidos, por outro lado, não há propriamente um sistema progressivo de execução penal, e mecanismos de saída antecipada são bastante restritos e costumam ter incidência apenas nos últimos meses de cumprimento da pena. Além disso, a decisão acerca da possibilidade de uma saída antecipada da prisão é de ordem administrativa, baseada em pareceres técnicos e sistemas de cálculo altamente objetivados.

Birkbeck atribui ao aumento do controle judicial sobre as prisões nos Estados Unidos uma parcial melhora nas condições de vida dos presos a partir dos anos 1960⁴, atenuando-se o princípio da “less eligibility”, segundo o qual os presos devem viver em condições materiais inferiores aos dos estratos mais pobres da sociedade. Ao mesmo passo em que se edificava uma política criminal mais punitiva, inauguravam-se nos Estados Unidos iniciativas de resistência aos maus tratos da população prisional por meio da reivindicação judicial de direitos com nítido viés humanitário.

Por sua vez, aponta Birkbeck, a América Latina não vivenciou um processo de mão dupla, senão apenas seguiu com políticas criminais repressoras e com o aumento do encarceramento a partir dos anos 1980, sem que se verificasse um contramovimento de resistência às condições de vida nas prisões⁵.

No Brasil, a questão ganha relevo a partir de 1984 com a promulgação da Lei de Execução Penal, muito embora tradicionalmente a execução penal tenha sido um dos campos do direito com o mais baixo nível de pesquisa, tanto quantitativa quanto qualitativamente. No plano doutrinário, o debate sobre a natureza da execução penal, se jurisdicional ou administrativa, possui larga tradição, prevalecendo a posição segundo

⁴ BIRKBECK, Christopher. Prisiones e internados... p. 138.

⁵ Anote-se, no entanto, que o autor não contextualiza o momento histórico da América Latina, cuja conjuntura era de controle do Estado por ditaduras militares ou civis-militares.

a qual “só a visão jurisdicional da execução penal é idônea a elevar o processo a estatura e nível constitucional”⁶.

Com efeito, o sistema progressivo de cumprimento de pena adotado no Brasil exige a manifestação judicial em cada etapa da execução penal, o que não significa necessariamente que a execução penal brasileira possa ser classificada propriamente como jurisdicionalizada.

Ademais, a execução penal não abarca somente os pedidos individuais relacionados à progressão da pena em sentido amplo, mas também os direitos individuais e coletivos relacionados às condições materiais de aprisionamento, tais como a saúde, educação, trabalho e salubridade da população prisional, por exemplo.

Pretende-se no presente trabalho realizar uma abordagem inicial sobre aspectos do controle judicial da execução penal no Brasil e suas principais contradições e ambiguidades. Para tanto, a jurisdionalização da execução penal será examinada tanto em relação à progressão da pena em sentido amplo, que chamaremos de plano individual, quanto na esfera das condições materiais de aprisionamento, o plano coletivo.

Com o estudo de tais aspectos da jurisdionalização da execução penal, o presente trabalho pretende explorar as contradições que superam a mera discussão acerca da natureza jurídica do processo de execução penal para adentrar na temática que resta oculta no debate tradicional: as formas de gestão e controle das pessoas presas.

1. CONTROLE JUDICIAL E SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DE PENA

O advento da Lei de Execução Penal em 1984 não só trouxe uma série de direitos aos presos, como também definiu uma extensa competência do juiz da execução penal em seu art. 66. Trata-se de uma

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. A exigência de jurisdionalização da execução penal. *Fascículos de Ciências Penais*. n. 3, v. 4, 1991. p. 7. Sobre o tema, cf. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdionalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

intervenção obrigatória do juiz, ou seja, tais direitos só podem ser usufruídos por seus destinatários se houver decisão judicial ao seu respeito.

Parte dos direitos previstos na Lei de Execução Penal são diretamente relacionados à progressão da pena em sentido amplo, ou seja, às dinâmicas de transformação do cumprimento da pena com maior ou menor liberdade. São direitos subjetivos na execução penal, chamados vulgar e incorretamente de benefícios prisionais, a progressão de regime, o livramento condicional, a remição, a saída temporária, a comutação e o indulto.

Tais direitos possuem requisitos previstos na lei, geralmente um lapso temporal e um elemento disciplinar ou comportamental, cabendo ao juiz declarar a existência dos referidos requisitos. Nesta matéria, portanto, a legislação brasileira conferiu ao Poder Judiciário a competência para declarar a existência dos referidos direitos, ao contrário de diversos outros países nos quais tal tarefa fica a cargo da administração prisional.

No entanto, o mandamento legal não implica, por si só, uma garantia de regular jurisdicionalização da execução penal. Isto porque a sua principal característica é a lentidão no exercício da jurisdição, que acaba por torná-la um mecanismo muito mais violador do que garantidor dos direitos previstos em lei.

O cotidiano nas varas de execução penal no Brasil demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico, como apontou relatório do Conselho Nacional de Justiça.⁷ Para além de um funcionamento burocrático e irregular, trata-se de verdadeira violação de direitos com efeitos concretos sobre a liberdade das pessoas sob jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo⁸.

⁷ Cf. *Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. Conselho Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

⁸ CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 124, 2016, p. 360.

Como consequência, os períodos de cumprimento de pena previstos em lei para os direitos da execução penal não são observados e as pessoas acabam por cumprir a pena de maneira significativamente mais gravosa do que o previamente determinado pelo legislador penal⁹. No plano concreto da execução penal, o que ocorre de fato é a alteração dos prazos definidos em lei pelo juiz, que se perfaz pela demora na análise dos direitos no curso da execução da pena. Não se trata de mera falha burocrática, mas verdadeira violação de direitos com efetiva alteração dos prazos previstos em lei.

A progressão de regime, por exemplo, é concedida muito após um sexto do cumprimento da pena no caso de crimes não hediondos, sendo mais frequente até mesmo que ocorra após um terço, marco do livramento condicional para condenados primários, do que no marco legalmente garantido.

No caso de penas curtas, a lentidão das varas de execução penal acaba por revigorar, na prática, o inconstitucional cumprimento de pena em regime integralmente fechado, pois a pena se esgota antes que o juiz consiga analisar qualquer dos direitos da execução penal¹⁰. Situação semelhante ocorre com a remição de pena, sendo comum que muitos dias de trabalho ou estudo durante a execução da pena não sejam descontados até o seu término.

Com relação ao indulto e à comutação, a notoriedade do burocrático funcionamento das varas de execução penal motivou, igualmente, previsões específicas nos Decretos Presidenciais de indulto para sua aplicação mais célere, prevendo tanto a prioridade a esse direito que implica em imediata liberdade, quanto o incentivo a organização de mutirões específicos para sua efetivação (art. 11, § 3.º e 4.º do Dec. 8.615/2015). Com efeito, na data da publicação do decreto a pena é declarada extinta, faltando apenas a declaração judicial nesse sentido. A lentidão na análise do indulto, por exemplo, faz com que milhares de pessoas cumpram por meses ou anos penas que juridicamente estão extintas.

Outro reconhecimento da morosidade das varas de execução penal e do consequente prejuízo à liberdade dos jurisdicionados na execução

⁹ Cf. *Mutirão carcerário...passim*.

¹⁰ CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime..., p. 360.

penal encontra-se na edição, em 2012, da Lei Federal 12.714, que pretendeu criar um sistema de acompanhamento da execução das penas, com ferramentas que informem as datas estipuladas para os direitos por meio de avisos eletrônicos que possibilitariam a concessão dos direitos na data prevista em lei, quando presentes os requisitos legais.

A despeito da previsão legal e da intensa informatização que os processos judiciais têm sofrido no Brasil de maneira geral, o sistema informatizado da execução penal ainda inexistente no plano nacional. A lentidão da vara de execução penal do Rio de Janeiro, por exemplo, motivou a Defensoria Pública local a impetrar mais de cinco mil *habeas corpus* em dezembro de 2015, todos motivados pela lentidão na análise dos pedidos com consequências reais para o direito de liberdade de seus defendidos.¹¹

Como se não bastasse a habitual e notória morosidade das varas de execução penal no Brasil, é uma prática comum, com expressiva aceitação dos tribunais¹², a exigência de um exame criminológico para referendar a decisão judicial sobre progressão de regime. Tal exame, desprovido de qualquer nível de cientificidade¹³, realiza um julgamento, muitas vezes moral, sobre a personalidade da pessoa presa, a fim de apontar se está ou não em condições de progredir para regime mais benéfico.

Trata-se de uma prática que retira o próprio caráter jurisdicional da atividade judicial, como defende Luigi Ferrajoli, que aponta como “misterioso” o juízo feito sobre a personalidade dos presos, sem que se possa qualificá-lo como jurisdicional, pois sua substância permanece administrativa.¹⁴

¹¹ Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-dez-11/defensoria-rj-impetramil-hcs-vara-execucoes-penais>. Acesso em: 23 nov. 2016.

¹² Como são exemplos a súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça e a súmula vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal.

¹³ Cf. CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Salo de (Org.). Crítica à Execução Penal. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁴ “O poder conferido aos órgãos da execução penal é, pelo contrário, um poder altamente potestativo, ancorado não na comprovação pública de fatos claramente predeterminados pelas leis e pelos requisitos relativos à taxatividade, materialidade, ofensividade e culpabilidade, senão nas valorações da personalidade do preso: um poder, então, substancialmente misterioso que funciona à sombra (‘arcano potere che agisce nell’ombra’). A circunstância

Assim, seja porque na realidade concreta viola os direitos ao invés de implementá-los, seja porque realiza valorações sobre a personalidade do condenado, a atividade judicial não pode ser tão facilmente considerada jurisdicional propriamente dita.

O reflexo da morosidade nos pleitos judiciais que determinam o destino das pessoas presas é sentido dentro do ambiente prisional com grande aflição. Em pesquisa de campo, Rafael Godoi relata em diversas passagens a preocupação dos presos com o andamento do processo de execução penal e seus pedidos. Ao descrever a dinâmica de uma visita como agente da Pastoral Carcerária, Godoi relata que após a oração, os primeiros questionamentos dos presos referem-se justamente ao andamento dos pedidos na vara de execução penal.¹⁵

Godoi aponta que a relação do preso com a indefinição do processo de execução encerra uma dimensão estruturante da experiência da punição no estado de São Paulo¹⁶. Por outro lado, as contradições da jurisdicionalização da execução penal com a dinâmica burocrática do funcionamento do sistema progressivo também não passaram ao largo da análise de Rafael Godoi, que confere à demora na concessão dos direitos

seguramente positiva de que este poder seja hoje exercido por uma Magistratura de Vigilância, em alguns casos, por Magistrados com altos valores – e não por, como nos tempos de Carrara, aqueles a quem chamava ‘sinedrio de esbirros’ – não lhe muda a substância administrativa.” (FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Revista Critica y Poder*, Barcelona, n. 11, 2016, p. 3-4) (tradução livre).

¹⁵ “Eu e Fátima ficamos de pé, perto da mesa, cada um rodeado por presos ansiosos em conversar e tirar dúvidas. Além das questões pontuais sobre as informações necessárias para a realização do pedido do extrato, todo um universo de questões processuais nos é apresentado. O diálogo se inicia com um aperto de mãos, o preso então explica sua situação. Muitos têm uma condenação de X anos, já cumpriram Y da pena, tendo, portanto, lapso para progredirem de regime ou mesmo para serem soltos, no entanto, estão lá ainda, sem informação sobre o andamento de seus benefícios. Outros: ou têm um advogado particular que deixou de atuar em seu caso; ou já progrediram para o regime semiaberto e ainda não foram transferidos; ou apelaram da condenação e não têm informação alguma sobre esse processo; ou acabam de ser condenados num outro processo e não sabem como vai ficar a pena.” (GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vidade dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 81).

¹⁶ GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia...* p. 82.

na execução penal um papel prático real de imperativo securitário da contenção incapacitante da população prisional no contexto de abandono dos ideais ressocializadores da prisão contemporânea.¹⁷

Observa-se, portanto, que até mesmo em atividades cuja intervenção judicial é obrigatória por lei, como no caso dos direitos relacionados ao sistema progressivo de cumprimento da pena, não se pode assegurar que a jurisdição exerça o seu papel declarado de garantia dos direitos. Pelo contrário, nesta seara, a intervenção judicial parece exercer uma função oposta ao que dela se espera, posto que na realidade concreta a atividade judicial tem sido muito mais um mecanismo de violação do que de garantia de direitos na execução penal.

A defesa da jurisdicionalização da execução penal nesta seara oculta o concreto prejuízo à liberdade humana exercido pelo funcionamento do próprio controle judicial sobre as penas. O atraso na efetivação de direitos do sistema progressivo configura constrangimento ilegal ao jurisdicionado, que, para além dos mecanismos existentes na legislação processual brasileira, deveria ser objeto de efetiva reforma no sentido de realmente afastar o controle judicial burocrático para o fim de efetivar os direitos em tela, que deveriam ser automaticamente concedidos quando preenchidos os requisitos legais, restando a atividade judicial necessária apenas nos casos em que o órgão do Ministério Público demonstrasse por iniciativa própria que determinados direitos não se encontra presente concretamente.

Trata-se, aqui, de verdadeira mudança de paradigma, a partir do qual se defende uma radical inversão na forma de concessão dos direitos do sistema progressivo da execução penal, no qual cumpriria à acusação a comprovação da ausência dos requisitos legais de cada direito, sendo devida a intervenção judicial somente nesses casos. Desta forma,

¹⁷ “Se, nesse sistema de justiça, os prazos procedimentais são sistematicamente extrapolados, se as intervenções dos diversos agentes são por demais protocolares e se a desorganização logística é a marca da relação entre as diferentes agências, o particular regime de processamento que viabiliza o funcionamento do sistema penitenciário não deve ser apenas visto como obviamente incompatível com o código legal, mas, sobretudo, como a compatibilização prática, empírica, entre o imperativo securitário da contenção incapacitante e as exigências legais de um sistema que se caracteriza pela progressividade das penas e pela jurisdicionalização da execução” (GODOI, Rafael. Fluxos em cadeia..., p. 92-93).

enquanto não houver manifestação judicial negando o referido direito, tem-se como automática sua efetivação assim que cumpridos os lapsos temporais previstos em lei, sem necessidade de intervenção judicial. Para tanto, por evidente, é necessária reforma legal regulamentando de maneira clara a questão.

O debate sobre a jurisdicionalização da execução penal, portanto, deve levar em conta a realidade concreta do cumprimento de pena no Brasil e o fato de que o atual regime de controle judicial da pena no sistema progressivo funciona muito mais como um mecanismo violador do que garantidor dos direitos dos jurisdicionados.

2. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O PODER DISCIPLINAR PENITENCIÁRIO

Talvez o ponto mais crítico da carência de controle judicial sobre a execução penal no Brasil resida na questão disciplinar. Definida legalmente como a colaboração com a ordem, a obediência às determinações das autoridades e seus agentes e o desempenho do trabalho (art. 44 da Lei de Execução Penal), a disciplina na execução da pena tem um papel central e determinante na forma de cumprimento da pena.

Assim, o comportamento positivo do preso figura como requisito para que possa usufruir de tais direitos e ter progressividade em sua pena. A comprovação do bom comportamento prisional fica, em regra, à cargo do diretor do estabelecimento prisional, autoridade administrativa que possui amplo poder sobre a liberdade do preso durante o cumprimento da pena.

Por outro lado, o comportamento do preso não só pode impedir que usufrua de direitos previstos em lei, como pode piorar significativamente o cumprimento da pena, pois uma das consequências legais da prática de uma falta grave é a possibilidade de regressão de regime, ou seja, o mau comportamento não só impede o acesso a um regime de maior liberdade, como determina uma piora concreta na forma de cumprimento da pena.

Com efeito, é por meio da imposição de faltas disciplinares, notadamente as de natureza grave, que os efeitos do controle disciplinar interferem na liberdade da pessoa que cumpre pena. As faltas disciplinares de natureza grave estão previstas no art. 50 da Lei de Execução Penal para as penas privativas de liberdade e têm como característica principal o caráter aberto de suas descrições.

A descrição vaga das faltas dá margem a grande arbítrio por quem tem o dever legal de subsumir as condutas na descrição do art. 50, da Lei de Execução Penal.¹⁸ Imagine-se, por exemplo, a quantidade de condutas que podem ser enquadradas em desobediência ao servidor ou desrespeitar qualquer pessoa com quem deva se relacionar, que são hipóteses previstas na primeira parte do inciso VI, do art. 50 acima referido.

A única falta grave com descrição taxativa, a do inciso VII, no entanto, foi desfigurada pela equivocada interpretação que recebeu dos tribunais superiores, que permitem até mesmo que a apreensão de um chip possa configurar falta grave¹⁹, quando sua descrição legal é clara no sentido de exigir aparelho com capacidade de comunicação.

Ocorre que a Lei de Execução Penal conferiu a tarefa de apurar a prática de falta grave à autoridade prisional, por meio de procedimento administrativo interno. Assim, a falta que ocorre dentro da unidade prisional é apurada por seus próprios funcionários, que têm o poder de definir o destino do preso. Por exemplo, se um agente penitenciário diz ter sido desrespeitado por um preso, são as próprias autoridades administrativas que decidirão se houve ou não falta grave, após oitiva do acusado e garantido o direito de defesa na sindicância.

A natureza administrativa da falta conferiu competência igualmente administrativa para sua apuração. Contudo, a despeito da classificação legal e da aceitação doutrinária e jurisprudencial da natureza administrativa da falta grave, tal posicionamento não pode prosperar diante de um confronto com a realidade concreta dos efeitos que a falta disciplinar produz sobre a liberdade da pessoa condenada criminalmente.

O ponto central da crítica à administrativização das faltas disciplinares é que seus efeitos concretos são mais graves para a liberdade do que grande parte dos crimes previstos na legislação penal. Por isso, a natureza jurídica das faltas disciplinares precisa de urgente reflexão crítica, pois seus efeitos superam os trinta dias de isolamento, suspensão ou restrição de direitos, previstos no art. 58 da Lei de Execução Penal.

¹⁸ Nesse sentido, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 143.

¹⁹ Cf. STF, RHC 117.985-DF, Rel. Min. Rosa Weber; STJ, HC 278.584-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Grande parte dos crimes previstos na legislação brasileira permite a aplicação de institutos despenalizadores ou desencarcerizadores como a transação penal, a suspensão condicional do processo ou da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, por exemplo. Isso significa que, a depender de circunstâncias pessoais, como a reincidência, a maior parte dos crimes permite que seu autor não cumpra pena em estabelecimento prisional.

À título de exemplo, se uma pessoa pratica o crime de injúria, ofendendo a dignidade ou o decoro de outrem, só será processada se a vítima representar criminalmente e apresentar queixa-crime no prazo de seis meses. Ainda que seja processada, poderá, por exemplo, ser feita uma transação penal, sem que conste qualquer registro criminal contra o réu. Por sua vez, se uma pessoa presa desrespeita um agente penitenciário no curso da execução da pena, conduta muito mais leve do que o crime de injúria, pode ter contra si uma sanção maior do que a maioria dos crimes.

Com efeito, uma pessoa que cumpre pena de trinta anos por diversos roubos, e trabalhou e estudou durante toda sua pena, progride de regime após cinco anos. Depois de cumprir mais um sexto do restante da pena (pouco mais de quatro anos), quando completou os requisitos para progredir ao regime aberto, tem contra si atribuída uma falta de desrespeito a um funcionário. Se tal falta não fosse a ele atribuída, poderia cumprir o restante da pena (mais de vinte anos) em regime aberto, com ampla margem de liberdade, posto que não seria cumprida em estabelecimento prisional²⁰. Todavia, se condenado pela falta grave, teria como consequência a regressão ao regime fechado, ficando, pelo menos mais dez anos preso, pois teria que cumprir novamente um sexto de pena em regime fechado e outro sexto de pena em regime semiaberto para somente então pleitear a progressão ao regime aberto novamente. Além disso, o sentenciado perderia até um terço dos dias remidos por trabalho e estudo.

²⁰ Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, apenas 1% da população prisional brasileira cumpre pena em estabelecimento prisional destinado ao regime aberto, sendo que dezesseis estados da federação sequer registram a existência de referido estabelecimento. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

No exemplo acima citado, uma singela conduta de desrespeitar funcionário poderia ensejar mais de dez anos de encarceramento, tempo muito superior, por exemplo, à pena mínima do crime de homicídio, que é de seis anos de reclusão. O exemplo mencionado, corriqueiro no interior das unidades prisionais, demonstra que não se pode aceitar a natureza administrativa das faltas disciplinares. Sua natureza é penal, tendo em vista que enseja efetiva restrição de liberdade do sujeito, de tal modo que demanda a submissão a processo com as mesmas garantias de um processo penal efetivamente jurisdicional.

A exigência de mera sindicância para caracterização de falta disciplinar, submete os presos a intenso e arbitrário controle da direção prisional, que pode simplesmente enquadrar qualquer conduta irregular das pessoas presas nas vagas e abertas hipóteses de falta do art. 50 da Lei de Execução Penal, naquilo que Michel Foucault chama de soberania punitiva²¹ da administração penitenciária.

Assim como a indefinição do processo de execução referida no tópico precedente, Rafael Godoi também atribui às sanções disciplinares (“castigo”) uma dimensão estruturante do cumprimento de pena em São Paulo na medida em que interfere, intensamente, nas condições materiais e temporais de cumprimento de pena.²²

A natureza administrativa das faltas disciplinares não passa de uma atribuição nominal ou classificatória, que resta desconstruída a partir de seus efeitos na realidade concreta. Se a falta disciplinar pode gerar, e frequentemente gera, efeitos mais graves do que a maioria dos crimes, não se pode admitir outra natureza a elas que a de verdadeira sanção penal, que enquanto tal demandam a instauração do devido processo legal com todas as garantias de uma pessoa regularmente acusada de um crime.

A natureza penal das faltas e sanções disciplinares demanda, portanto, a aplicação de todas as garantias penais e processuais penais da mesma forma como ocorre na acusação de toda e qualquer infração penal. No plano processual em especial, exige-se no campo disciplinar da execução penal uma aplicação integral do devido processo legal com plena jurisdicionalização do procedimento de apuração de faltas disciplinares.

²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 207.

²² GODOI, Rafael. Fluxos em cadeia...p. 97.

No Brasil, no entanto, a jurisdicionalização não encontra amparo na realidade da execução penal. Em alguns estados da federação exige-se uma mera homologação judicial com manifestação da defesa e da acusação, mas sem qualquer garantia processual ou mesmo a possibilidade de oitiva do acusado ou testemunhas, muito menos a produção de provas. Em outros estados não há qualquer manifestação judicial acerca da falta. A situação brasileira com relação à apuração de falta disciplinar varia de um procedimento administrativo ou de mera homologação judicial, o que não pode ser considerado jurisdicional pois não há um devido processo legal para tanto.

Não resta dúvida de que, por conta dos efeitos práticos da apuração disciplinar, é aqui o maior déficit de controle judicial na execução penal, o que confere grande arbítrio à administração penitenciária no destino da execução penal da população carcerária brasileira.

3. O CONTROLE JUDICIAL DAS CONDIÇÕES MATERIAIS DE APRISIONAMENTO

A outra categoria de direitos da execução penal é aquele referente às condições do encarceramento, ou direitos coletivos, como educação, saúde, higiene e demais direitos relacionados à vida da população prisional. Esta categoria de direitos raramente é objeto de debate quando se trabalha a questão da jurisdicionalização da execução penal, normalmente atrelada aos direitos ligados ao sistema progressivo e à questão da apuração de falta disciplinar.

Neste caso, a natureza da atividade judicial é ainda mais confusa. A Lei de Execução Penal trouxe a seguinte competência ao juiz da execução penal nessa seara:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

É notório que as prisões no Brasil constituem um ambiente de irregularidades e violações de direitos de toda ordem. As penas não são cumpridas corretamente e os estabelecimentos estão em condições aviltantes e com infringência de todos os dispositivos legais relacionados, para usar os termos dos citados incisos do art. 66 da Lei de Execução Penal.

Ora, se compete ao juiz zelar pelo correto cumprimento da pena, tomar providências para o adequado funcionamento dos estabelecimentos prisionais e interditar aquele que estiver em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da Lei de Execução Penal, o confronto com a realidade prisional brasileira aponta de imediato que há problemas graves com essa competência judicial.

Com efeito, não se tem notícia no Brasil de interdições de estabelecimentos prisionais por condições inadequadas de funcionamento. As notícias frequentes, porém, são da barbárie que representa o sistema penitenciário brasileiro e a violação de toda sorte de direitos.

No campo jurídico construiu-se a ideia de que a competência judicial conferida pelos dispositivos legais citados não é propriamente jurisdicional, mas uma competência administrativa exercida pelo juiz da execução penal. Trata-se, portanto, de uma peculiar construção jurídica que retira o caráter jurisdicional conferido pela Lei de Execução Penal e a transforma em atividade administrativa.

Desta forma, o ato do juiz, agora administrativo, não possui os efeitos de uma decisão judicial, que é tida como ordem e tem graves consequências em caso de descumprimento. Por tal construção jurídica, apenas compete ao juiz recomendar a regularização daquilo que não estiver em conformidade com as normas, sob pena de interdição do estabelecimento no todo ou em parte.

Tal entendimento foi consolidado pelo Conselho Nacional de Justiça ao ser consultado formalmente sobre o assunto:

Como se pode observar, além das atribuições jurisdicionais, a LEP prevê hipóteses de competência do juiz da execução para o desempenho de atividades administrativas, dentre as quais a realização de inspeções em estabelecimentos prisionais e a adoção de medidas voltadas ao adequado funcionamento do sistema carcerário.²³

²³ Conselho Nacional de Justiça, Consulta nº. 0000002-38.2016.2.00.0000.

Com isso, alguns estados da federação criaram a figura do juiz-corregedor de presídios, inspirada na figura do juiz de vigilância do direito espanhol²⁴, mas com as devidas “adaptações” ao caso brasileiro.

Para além de uma mera inefetividade decorrente da administrativização de uma atividade legalmente conferida ao juiz, esta interpretação legal tem o efeito concreto de impedir o acesso à justiça de todas as formas. Isso porque a tentativa de jurisdicionalização por meio de provocação ao juiz da execução penal é rejeitada ou recebida como demanda administrativa.

Por outro lado, se outro juiz é provocado, por exemplo, o da Fazenda Pública (juiz competente em ações em que o Estado é réu), este se julga incompetente porque a própria Lei de Execução Penal atribui claramente a competência ao juiz da execução penal. Assim, o comando constitucional de inafastabilidade da jurisdição²⁵ acaba sendo excepcionado por esta construção jurídica que confere ao juiz da execução penal uma competência administrativa nessa espécie de matéria.

Como consequência, a única categoria de pessoas que não pode pleitear jurisdicionalmente por determinados direitos é a população prisional, confirmando nos tribunais a situação de cidadãos de segunda categoria que a realidade nunca deixou esconder. Como se não bastasse o desrespeito à Constituição da República pelas condições materiais de aprisionamento aviltantes, o direito fundamental de acesso à justiça acaba por ser excepcionado na prática por uma interpretação judicial que lhe retira sua própria função jurisdicional.

Referida construção jurídica vislumbra retirar do Poder Judiciário sua responsabilidade com relação à barbárie que representa a realidade prisional brasileira, porém representa ao mesmo tempo umas das próprias razões de manutenção dela. A jurisdicionalização da execução penal aqui é mais uma vez negada pelo próprio Poder Judiciário, o que acaba por representar uma forma de manutenção das coisas como estão, uma forma de

²⁴ Cf. RIVERA BEIRAS. Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria II*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2009, p. 359 e ss.

²⁵ "Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

legitimação das mazelas do sistema penitenciário brasileiro, ao contrário do movimento ocorrido nos Estados Unidos a partir dos anos 1960, cujo aumento do controle judicial sobre as prisões conferiu uma parcial melhora nas condições de vida dos presos, segundo relato de Christopher Birkbeck²⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do controle judicial sobre a vida prisional assume no Brasil características peculiares. A despeito de pouco estudado, o tema traz importantes consequências no cotidiano carcerário, além de ser fundamental na compreensão e conhecimento da situação prisional no Brasil.

O tema pode ser estudado a partir de três formas de controle judicial das penas. A mais tradicional e legalmente obrigatória é a atividade judicial exercida no sistema progressivo de cumprimento de pena, que tem como característica principal a morosidade na análise dos pleitos jurídicos. A forma como tal atividade judicial é exercida tem como efeito concreto muito mais uma violação dos direitos do que a sua garantia, que é a função oficialmente conferida ao Poder Judiciário.

A outra forma de analisar o grau de jurisdicionalização da execução penal é pelo papel exercido pelo juiz no controle disciplinar dos presos. Nesse aspecto, o sistema brasileiro é notadamente perverso, pois deixa o controle disciplinar da população prisional ao arbítrio da autoridade administrativa penitenciária. O controle da vida dos presos por meio da disciplina prisional tem o poder de decidir o destino da execução penal de cada um, cuja punição disciplinar pode significar uma medida pior do que os mais graves crimes previstos na legislação. A ausência de jurisdicionalização nesta seara permite o arbítrio e potencializa o poder dos agentes penitenciários em detrimento da liberdade dos presos.

Por fim, a questão dos direitos relacionados às condições materiais de aprisionamento apresenta uma peculiar atuação judicial, pois o próprio Poder Judiciário nega sua atividade como jurisdicional. A consequência dessa negativa de jurisdição é uma vedação do acesso à justiça por parte da população prisional, criando-se a única exceção à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, além da manutenção do quadro de verdadeira barbárie representada pelas abjetas condições materiais de aprisionamento no Brasil.

²⁶ BIRKBECK, Christopher. Prisiones e internados... p. 138.

Assim, o controle judicial da execução penal no Brasil é caracterizado ora pela ausência, ora por uma presença prejudicial da atividade judicial, cujo resultado é o prejuízo à dignidade e à liberdade da população prisional. Trata-se de uma contradição perversa que supera o debate teórico sobre a natureza jurídica da execução penal e remete a discussão sobre a jurisdicionalização da execução para o plano das dinâmicas de controle social punitivo na era do grande encarceramento.

As três formas de controle judicial sobre a execução penal analisadas no presente estudo permitem, portanto, deslocar o debate sobre a jurisdicionalização da execução penal para as formas de gestão e controle das pessoas presas. O deslocamento do debate sobre a natureza jurídica da execução penal para as manifestações concretas do controle judicial do cumprimento de pena no Brasil possibilita superar o caráter meramente jurídico e idealista da questão, elevando-a para a materialidade das relações de poder na prisão contemporânea.

REFERÊNCIAS

- BIRKBECK, Christopher. Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, 2010. <https://doi.org/10.1590/s0103-49792010000100009>
- CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 124, 2016.
- CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal : o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, v. 3, 1995.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. Conselho Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: <<http://>

www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: uma contradicción institucional. *Revista Crítica y Poder*, Barcelona, n. 11, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na vida dos tempos*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Departamento de Sociologia, FFLCH, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. <https://doi.org/10.11606/t.8.2015.tde-05082015-161338>

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. A exigência de jurisdicionalização da execução penal. *Fascículos de Ciências Penais*. n. 3, v. 4, 1991

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIVERA BEIRAS. Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria II*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2009.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; o autor se responsabiliza integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial (<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 18/10/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/10/2017
- Avaliação 1: 22/10/2017
- Avaliação 2: 02/11/2017
- Avaliação 3: 05/11/2017
- Decisão editorial preliminar: 12/11/2017
- Retorno rodada de correções: 17/12/2017
- Decisão editorial final: 20/12/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.111>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

*Processo Penal
Internacional e
Cooperacao Jurídica*

Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu

The principle of proportionality and its application in the European arrest warrant

Túlio Felipe Xavier Januário¹

Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal

tuliofxj@gmail.com

 lattes.cnpq.br/1894712298793127

 orcid.org/0000-0003-0400-1273

RESUMO: Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar a possibilidade e eventual necessidade de aplicação de um teste de proporcionalidade a ser realizado pelo Estado de execução, no âmbito do mandado de detenção europeu, como medida de contenção à utilização deste instrumento em casos de criminalidade não considerada grave. Para tanto, serão analisados, inicialmente, o princípio do reconhecimento mútuo e o seu preceito básico, qual seja, a ideia da confiança mútua entre os Estados-Membros da União Europeia, a fim de examinar o contexto da construção do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, assim como os pilares da criação do mandado de detenção. Feito isso, será possível diagnosticar o problema que ora se discute, qual seja, o da sua excessiva utilização para a chamada criminalidade menos grave, assim como averiguar suas possíveis soluções, dentre as quais, a possibilidade de controle por parte do Estado de execução.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento mútuo; Confiança mútua; Mandado de detenção europeu; Princípio da proporcionalidade.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Pesquisador financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen - Alemanha. Advogado.

ABSTRACT: *The aim of the present essay is to analyze the possibility and eventual necessity of a proportionality test to be accomplished by the executor state, in the scope of the European arrest warrant, as a manner to contain the use of it in cases of less serious crimes. Therefore, we will analyze, initially, the principle of mutual recognition and its basic precept, which is the idea of mutual trust between the Member States, to examine the context of the construction of the European space of freedom, security and justice, as well as the pillars of the creation of the arrest warrant. That being said, it will be possible to diagnose the problem that we are now discussing, which is, the excessive utilization of the instrument to less serious crimes, as well as try to find out possible solutions, among which, the possibility of a control by the Executor State.*

KEYWORDS: *Mutual recognition; Mutual trust; European Arrest Warrant; Principle of proportionality.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Princípio do reconhecimento mútuo; 2. Do mandado de detenção europeu; 3. Do controle de proporcionalidade no mandado de detenção europeu; Considerações finais; Referências.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho debruça-se sobre delicada questão tratada pela doutrina e jurisprudência no âmbito do direito penal europeu, qual seja, a da elevada quantidade de mandados de detenção que vêm sendo emitidos e, principalmente, a problemática relacionada com a sua utilização para crimes sem maior gravidade.

As sociedades contemporâneas e seus novos modelos de organização têm como uma de suas características mais marcantes a crescente mobilidade de pessoas e capitais, o que cria condições para o surgimento de uma criminalidade transfronteiriça². Neste sentido, conforme prognóstico de Jesús-María Silva Sánchez, os fenômenos da globalização e da integração econômica têm como um de seus efeitos a conformação de

² RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, crime e ciência penal “euro-péia”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 364.

novas modalidades de delitos clássicos, assim como o surgimento de novas formas delitivas, que são, notadamente, organizadas e internacionais³.

Uma das consequências do efeito negativo deste processo é a ineficácia dos sistemas penais em lidar com esta crescente e recente criminalidade, sendo necessária, portanto, conforme defende Anabela Miranda Rodrigues, uma libertação da política criminal de suas amarras nacionais, devendo ser pensada e colocada em prática de maneira harmonizada no plano internacional, além da necessidade de um maior impulso à cooperação internacional⁴.

Desta forma, se observa a emergência de um direito criminal europeu⁵ que objetiva a instalação de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, tendo como uma de suas principais vias de consolidação, a ideia do reconhecimento mútuo, baseada na confiança mútua entre os Estados, conforme se desenvolverá no decorrer deste trabalho⁶.

Ocorre que, diante deste cenário, e conforme já havia sido prognosticado por Silva Sánchez, o direito penal da era da globalização tem se

³ O autor define como “globalização econômica” um fenômeno caracterizado pela eliminação das restrições às transações entre Estados e pela ampliação dos mercados. A “integração”, por sua vez, é marcada pela busca de um mercado comum entre os países, com livre tráfego de pessoas, serviços, capitais e mercadorias, resultantes da eliminação de barreiras alfandegárias e outros obstáculos à livre circulação. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer S.L., 2011. p. 88-90).

⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, crime e ciência penal “européia”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 370.

⁵ Anabela Miranda Rodrigues entende que a denominação “direito penal europeu” é a mais adequada, uma vez que, se por um lado, o termo “europeu” pode ser aplicado não apenas no âmbito da União Europeia, mas também, por exemplo, no do Conselho da Europa, por “direito penal” haveria a restrição ao direito material e processual, excluindo de seu âmbito as questões atinentes à segurança interna da União. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 13). Entendemos, porém, que uma vez se tratando de uma temática localizada na intersecção entre o direito penal e o processual penal, a terminologia mais adequada seria “direito criminal europeu”.

⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, crime e ciência penal “européia”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 370.

mostrado não apenas cada vez mais harmonizado, mas também, menos garantista, com relativizações de garantias político criminais, substantivas e processuais penais⁷. Exemplo disto, conforme será demonstrado, é a própria forma pela qual o mandado de detenção europeu vem sendo utilizado, sem a necessária restrição à criminalidade mais grave, nos termos para os quais foi elaborado. É neste sentido, inclusive, que assevera Vervaele ao dizer que este instrumento ainda será, por muito tempo, questionado perante os tribunais constitucionais, a Corte Europeia de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que vem sendo baseado, por ora, somente na ideia de confiança, mas não na harmonização das salvaguardas processuais aplicáveis ao caso⁸.

Neste mesmo sentido, identifica Joachim Vogel que ao contrário de outrora, quando Estados-Membros vinham celebrando e aplicando acordos com vistas apenas à facilitação e simplificação de procedimentos de entrega, há recente giro político-criminal, uma vez que a crítica sustenta cada vez mais a necessidade da observância das garantias processuais, especialmente no que se refere à proteção dos direitos dos suspeitos e acusados. Assim, defende o autor um necessário equilíbrio no âmbito da cooperação internacional entre a eficácia do procedimento e os interesses das pessoas afetadas⁹.

Tendo-se em vista, portanto, a necessária ponderação entre os interesses persecutórios e, conforme defende Jürgen Wolter, da proteção de direitos fundamentais do autor em conformidade com o princípio da proporcionalidade¹⁰, busca-se, com o presente trabalho, analisar a eventual

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 83-84.

⁸ VERVAELE, John A. E. European Criminal Justice in the post-Lisbon area security and justice. *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, n. 5, Trento: Università Degli Studi di Trento, 2014. p. 256.

⁹ VOGEL, Joachim. Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2007. p. 162-163.

¹⁰ WOLTER, Jürgen. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal: In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María et. al.

admissibilidade de um teste de proporcionalidade a ser realizado pelo Estado de execução, com vistas a garantir a utilização de tal instrumento apenas para a criminalidade mais grave.

Para tanto, mister se faz, inicialmente, uma análise do princípio do reconhecimento mútuo, assim como de sua basilar ideia da confiança entre os Estados-Membros, a fim de averiguar o âmbito no qual se encontra inserido o mandado de detenção europeu, que conforme se observará, é instrumento diretamente decorrente destes preceitos.

1. PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO.

No âmbito da União Europeia, observa-se que o conceito tradicional de cooperação é inadequado por existir, na verdade, o que se chama de “sistema europeu de justiça penal integrado”¹¹. Neste sentido, há uma evolução e uma conseqüente aproximação das legislações entre si, dando origem ao processo conhecido como “harmonização”¹². Em face, porém, de certa resistência a este processo em matéria penal, a União estabeleceu como um dos pilares da cooperação a ideia do reconhecimento mútuo, que vem a se concretizar, posteriormente, através do mandado de detenção europeu¹³. Conforme explica André Klip, este princípio significa que uma decisão tomada por uma autoridade judiciária competente para tal em um Estado-Membro, tem que ser reconhecida e executada em outro como se por ele tivesse sido proferida. Inclusive, o autor defende que o

Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Barcelona. José Maria Bosch Editor, 1995. p. 37.

¹¹ Segundo Joachim Vogel, as principais características deste sistema são: a cooperação entre os Estados-Membros com base no reconhecimento e na confiança mútua; a aproximação e compatibilização entre si dos sistemas de justiça, formando a chamada “harmonização”; e a coordenação das atividades por entidades europeias, tais como a Europol e a Eurojust. VOGEL, Joachim. *Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2007. p. 158-159.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 14-15.

papel do Estado de execução deve ser, em tese, a mera execução, não devendo ser reexaminada qualquer matéria¹⁴.

Isto se dá, principalmente, em virtude da regência da ideia de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, sendo que esta última tem como consequência necessária, a livre circulação de decisões judiciais. Busca-se com esta medida, alcançar uma maior celeridade e eficiência no processo de cooperação, tendo-se em vista que a inexistência de um controle por parte do Estado de execução tornaria, em tese, o mesmo mais simplificado e possibilitaria o estabelecimento de prazos mais restritos para sua finalização, falando-se, inclusive, em certa automaticidade da execução das decisões¹⁵.

Sendo fundamental, portanto, para a consagração do espaço europeu de justiça, o princípio do reconhecimento mútuo, no que se refere à matéria penal, que tem sua origem nas Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, em 15 e 16 de outubro de 1999¹⁶, a partir de quando passou a ser considerado a pedra de toque da cooperação internacional em matéria penal¹⁷.

Não era, porém, conforme elucida John Spencer, um instrumento novo, uma vez que, no âmbito civil, já havia sido tratado pela Convenção

¹⁴ KLIP, André. *European criminal Law. An integrative approach*. Oxford: Intersentia, 2009. p. 330-331.

¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale : bulletin de la Societé Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 83.

¹⁶ “33. Um maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitarão a cooperação entre as autoridades e a proteção judicial dos direitos individuais. Por conseguinte, o Conselho Europeu subscreve o princípio do reconhecimento mútuo que, na sua opinião, se deve tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal. Este princípio deverá aplicar-se às sentenças e outras decisões das autoridades judiciais.” (CONSELHO EUROPEU DE TAMPERE, 15 e 16 DE OUTUBRO DE 1999. *Conclusões da presidência*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em 17 mai. 2017).

¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentários aos artigos 82º. a 84º. do Tratado de Lisboa. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo. (coord.). *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426-440. p. 428.

de Bruxelas de 1968, da Comunidade Econômica Europeia, garantindo o reconhecimento e execução de decisões de outro país da Comunidade. Até mesmo no sistema penal, o Reino Unido adotava um sistema semelhante, garantindo que as decisões de uma autoridade judiciária de um de seus países membros, sejam reconhecidas automaticamente em outro¹⁸.

No que se refere à União Europeia, porém, foi entre os anos de 2000 e 2001 que se buscou desenvolver medidas que efetivamente garantissem a execução do referido princípio, tal como foi o caso do Programa Conjunto de 15 de janeiro de 2001¹⁹, dentre as quais se destaca a número 8, segundo a qual se procura estabelecer, para os crimes mais graves, um regime de entrega baseado no reconhecimento e na execução imediata dos mandados de detenção emitidos por autoridades judiciárias de outros Estados-Membros²⁰. Obteve, porém, o referido princípio, consagração expressa, somente com o Tratado de Lisboa, mediante os artigos 67º, n.3 e 82º²¹.

Tal instrumento se baseia, segundo John Spencer, na ideia de que os Estados-Membros comungam de valores comuns, tais como a

¹⁸ SPENCER, John. Il principio del mutuo riconoscimento. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 316-317.

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Programa das medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo. *Jornal oficial das Comunidades Europeias*. C 12. Ano 44. 15.01.2001.

²⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 79.

²¹ “Art.67. [...] 3. A união envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenômenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre as autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.” “Art. 82. A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta-se no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o nº. 2 e o artigo 83º...”. (UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*: versão consolidada. Lisboa: Assembleia da República, 2008. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf >. Acesso em 17 mai. 2017).

democracia e o respeito aos direitos humanos, tendo-se em vista, inclusive, o fato de que todos eles são signatários da Convenção Europeia de Direitos do Homem²². Trata-se, porém, do reconhecimento de um *standard* nacional individual por outro país do bloco europeu e não de um *standard* discutido de maneira ampla na União Europeia²³.

Muito importante destacar, porém, que o reconhecimento mútuo, conforme defende Anne Weyembergh, tem como finalidade não apenas o fortalecimento da cooperação entre os Estados-Membros, mas também deve assegurar uma maior garantia de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos²⁴. É neste sentido, inclusive, que a ideia do referido princípio se relaciona, também, com a da confiança mútua, uma vez que aquele pressupõe um determinado nível de confiança, do Estado de execução, no ordenamento jurídico do Estado de emissão, no sentido do respeito pelos ideais de liberdade, democracia e respeito pelos direitos do indivíduo.

Podendo ser considerado, portanto, um verdadeiro pressuposto do princípio em comento, a confiança mútua mostra-se também como um conceito base para a cooperação no âmbito da União Europeia. Conforme explica André Klip, o reconhecimento mútuo fora construído sobre a ideia de que as normas e garantias de um Estado-Membro devem estar em certo nível de equivalência com as dos outros, de maneira que a autoridade executora deve poder confiar no fato de que a autoridade requerente está em conformidade com a lei e com os direitos fundamentais²⁵.

É assim, pois, que defende Roberto E. Kostoris que o modelo de cooperação baseado no reconhecimento mútuo não pode prescindir de

²² SPENCER, John. Il principio del mutuo riconoscimento. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 320.

²³ MITSILEGAS, Valsamis. *EU criminal law*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 118-119.

²⁴ WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. p. 1.

²⁵ KLIP, André. *European criminal Law. An integrative approach*. Oxford: Intersentia, 2009. p. 331.

certo nível de harmonização das legislações²⁶, uma vez que, nos termos explicados por Anabela Miranda Rodrigues, quanto maior for a aproximação entre os Estados, maior será a confiança entre eles²⁷.

Segundo Daniel Flore, este conceito é essencial para a funcionalidade do reconhecimento mútuo, uma vez que este último seria impensável se não houvesse confiança por parte de um Estado de que os sistemas jurídicos e os procedimentos respectivos dos outros Estados-Membros seriam capazes de apresentar um nível minimamente satisfatório de qualidade das decisões, para que possa executá-la de maneira automática²⁸.

Para tanto, mister se faz reconhecer a existência de um fundo comum de princípios que fazem parte da União Europeia, ocupando ainda, os direitos fundamentais, posição central neste cenário. Em razão disto, deveria, em tese, poder confiar-se no respeito por parte da autoridade judiciária de emissão destes ditames²⁹. Aliás, conforme defende Adán Nieto Martín, baseando-se neste *standard* homogêneo de proteção de direitos fundamentais, pode se dizer que, ao contrário do reconhecimento mútuo, que faz parte da construção normativa do espaço europeu, a confiança mútua, por sua vez, faria parte de uma constituição sociológica da Europa³⁰.

Observa-se, portanto, que na via da construção de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, além da necessária harmonização entre as legislações penais e processuais penais, a cooperação judicial tem

²⁶ KOSTORIS, Roberto E. Diritto europeo e giustizia penale: In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 8.

²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 72.

²⁸ FLORE, Daniel. Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité. *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, p. 65-77, 2001. p. 75.

²⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale : bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 83.

³⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Direito e Cidadania*, v. 7, n. 22, p. 27-89, 2005. p. 30.

como base as ideias de reconhecimento e confiança mútua entre os Estados e seus respectivos ordenamentos jurídicos, vindo estas, posteriormente, a serem concretizadas através do mandado de detenção europeu.

2. DO MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU.

Conforme exposto, como reflexo do processo de simplificação da cooperação em matéria penal na União Europeia, sendo, ainda, consequência direta do princípio do reconhecimento mútuo, o mandado de detenção europeu mostra-se como primeira concretização deste princípio³¹. Neste sentido, a cooperação em matéria penal deixa de estar sujeita ao duplo controle, qual seja, político e jurídico, passando a ser submetida somente a este último, praticamente abolindo, assim, as tradicionais extradições no âmbito do espaço europeu³².

Este instituto pode ser conceituado, de acordo com o art. 1º da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de junho de 2002, como a decisão de uma autoridade judiciária de um Estado-Membro (autoridade judiciária de emissão) que determina a detenção e a entrega, por outro Estado-Membro (autoridade judiciária de execução), de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade³³.

³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale* : bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 83.

³² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 14-15.

³³ Neste sentido: “Art. 1º. Definição de mandado de detenção europeu e obrigaçao de o executar [...] 1. O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190, 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: < http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj > . Acesso em 18 mai. 2017).

Ele se caracteriza através de quatro elementos fundamentais: (1) formalmente, pode se dizer que o mesmo trata-se de um mandado, ou seja, uma ordem; (2) materialmente, consubstancia-se, na detenção ou privação de liberdade de uma pessoa para que, posteriormente, seja entregue; (3) espacialmente, tem lugar no âmbito da União Europeia; e (4) organicamente, depende de intervenção do juiz ou do tribunal da relação, no caso Português³⁴.

Conforme explica Miguel Monteiro Guedes Valente, ele se sustenta sobre quatro pontos arquitetônicos: com relação a sua (1) natureza, podemos dizer que o mesmo possui uma natureza judiciária, *ab initio ad finem*, uma vez que substitui o moroso procedimento da extradição e entrega, abolindo o controle político e deixando permanecer apenas o judiciário³⁵.

No que se refere a sua (2) formalidade, essencial que respeite o expressamente disposto no artigo 8º da Decisão-Quadro 2002/584/JAI³⁶. O conteúdo e as fórmulas do instrumento devem funcionar como

³⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 122.

³⁵ *Ibidem*, p. 126.

³⁶ “Artigo 8º. Conteúdo e formas do mandado de detenção europeu [...] 1. O mandado de detenção europeu contém as seguintes informações, apresentadas em conformidade com o formulário em anexo: a) Identidade e nacionalidade da pessoa procurada; b) Nome, endereço, número de telefone e de fax, e endereço de correio electrónico da autoridade judiciária de emissão; c) Indicação da existência de uma sentença com força executiva, de um mandado de detenção ou de qualquer outra decisão judicial com a mesma força executiva abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 1º. e 2º.; d) Natureza e qualificação jurídica da infracção, nomeadamente à luz do artigo 2º.; e) Descrição das circunstâncias em que a infracção foi cometida, incluindo o momento, o lugar e o grau de participação da pessoa procurada na infracção; f) Pena proferida, caso se trate de uma sentença transitada em julgado, ou a medida da pena prevista pela lei do Estado-Membro de emissão para essa infracção; g) Na medida do possível, as outras consequências da infracção. 2. O mandado de detenção europeu deve ser traduzido na língua oficial ou numa das línguas oficiais do Estado-Membro de execução. No momento da aprovação da presente decisão-quadro ou posteriormente, qualquer Estado-Membro pode indicar, mediante declaração depositada junto do Secretariado-Geral do Conselho, que aceita uma tradução numa ou em várias outras línguas oficiais das instituições das Comunidades Europeias.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os

uma forma de garantia da pessoa objeto do mandado, de maneira que sua não observância acarretará vício de forma e possibilidade de sua não execução³⁷.

Desta forma, conforme indicado no artigo em comento, o mandado de detenção deve conter a identificação da pessoa objeto do mandado e da autoridade judiciária de emissão, a indicação de uma sentença ou outra decisão judicial com a força executiva abrangida pelos artigos 1º. e 2º. da Decisão-Quadro ora analisada, a natureza e a qualificação jurídica da infração e a descrição das circunstâncias em que foi cometida, a pena proferida, caso se trate de sentença. Além disso, o instrumento deve ser traduzido para o idioma do país de execução³⁸.

Caso não seja atendido algum dos requisitos supracitados, conforme leciona Manuel Valente, ocorrerá vício de forma que deve ter como consequência a não execução do mandado até o seu saneamento, que ocorrerá, na maioria das vezes, através de uma nova emissão³⁹.

Caso haja persistência do vício e execução do mandado, entende o referido autor que haverá nulidade e consequente direito de resistência

Estados-Membros. OJ L 190, 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj>. Acesso em 18 de maio de 2017).

³⁷ CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português. In: MOREIRA, Vital. [et. al.]. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 69-157. p. 81-82.

³⁸ A Corte Europeia dos Direitos do Homem considerou haver violação ao número 3, do artigo 6º (a), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em virtude de condenação, por parte do estado italiano, de cidadão Tcheco sem que lhe fosse possibilitado acompanhar os atos processuais em um idioma que compreendesse. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Brozicek v. Italy*. Application no. 10964/84. Strasbourg, 19/12/1989. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57612>>. Acesso em 19 de janeiro de 2018). Conforme explica Vitalino Esposito, no caso, o Tribunal debruçou-se sobre a impossibilidade do arguido de defender-se de maneira adequada da acusação que contra ele era oferecida. (ESPOSITO, Vitalino. A aplicação prática dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no processo penal italiano. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 217-239., abr./jun. 1994. p. 237).

³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 128-129.

por parte da pessoa objeto do mandado, que caso seja desrespeitado, enseja a possibilidade de requerimento de habeas corpus por detenção ilegal⁴⁰⁻⁴¹.

O terceiro ponto a ser destacado é a sua (3) funcionalidade, que pode ser entendida como a busca por uma maior simplificação e celeridade da cooperação internacional. Conforme afirma Manuel Valente, o mandado de detenção europeu praticamente revogou o tradicional processo de extradição no âmbito europeu, uma vez que aquele fracassou frente ao novo cenário de criminalidade transnacional resultante do constante processo de globalização e integração. Segundo o autor, este instrumento enseja uma configuração antagônica, uma vez que, se por um lado, mostra-se muito funcional no que se refere à concreção de um espaço europeu dotado de segurança, por outro, deve ser coerente com a afirmação de direitos e garantias fundamentais do cidadão⁴².

Por fim, importante destacar ainda, a (4) teleologia do instituto, que pode ser dividida em teleologia imediata e mediata. Conforme expõe, mais uma vez, Manuel Valente, da Decisão-Quadro referente ao mandado de detenção europeu, podemos extrair dois objetivos principais: imediatamente, a detenção e a entrega de uma pessoa suspeita ou

⁴⁰ O autor fundamenta seu posicionamento no n. 1.º do art. 258.º do Código de Processo Penal Português, que dispõe: “Art. 258.º. Mandados de detenção: 1 - Os mandados de detenção são passados em triplicado e contêm, sob pena de nulidade: a) A data da emissão e a assinatura da autoridade judiciária ou de polícia criminal competentes; b) A identificação da pessoa a deter; e c) A indicação do facto que motivou a detenção e das circunstâncias que legalmente a fundamentam.” Ainda: “Art. 220. Habeas corpus em virtude de detenção ilegal: 1 - Os detidos à ordem de qualquer autoridade podem requerer ao juiz de instrução da área onde se encontrarem que ordene a sua imediata apresentação judicial, com algum dos seguintes fundamentos: a) Estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial; b) Manter-se a detenção fora dos locais legalmente permitidos; c) Ter sido a detenção efectuada ou ordenada por entidade incompetente; d) Ser a detenção motivada por facto pelo qual a lei a não permite.” (PORTUGAL. DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro: aprova o Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em 16 de janeiro de 2018).

⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 128-129.

⁴² *Ibidem*, p. 133-135.

condenada, enquanto que, mediatamente, busca-se a submissão da mesma a um procedimento penal ou ao cumprimento de uma condenação⁴³⁻⁴⁴.

Defende, porém, o referido autor, que tendo por base os princípios reitores da construção do espaço comum europeu, a teleologia do mandado de detenção deve ter um maior alcance. Assim, enquanto imediatamente se buscaria a detenção de uma pessoa procurada por ser suspeita ou arguida pela prática de um crime para que, verificados os quesitos formais e materiais e reputada a inexistência de causas de motivos de não execução ou a situação de prestação de garantias, a mesma seja entregue para a autoridade judiciária de emissão, a teleologia mediata, por sua vez, seria promover a ação penal de modo a poder investigar e julgar a pessoa suspeita ou arguida, ou executar a sentença de condenação⁴⁵.

Importante destacar ainda, que a detenção almejada pelo mandado de detenção europeu deve ter caráter precário, temporário e provisório⁴⁶. Com isso queremos dizer que a mesma deve seguir as disposições

⁴³ Dos considerandos da decisão quadro, extrai-se que: “(5) O objectivo que a União fixou de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça conduz à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à substituição desta por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. Acresce que a instauração de um novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal permite suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos actuais procedimentos de extradição. As relações de cooperação clássicas que até ao momento prevaleceram entre Estados-Membros devem dar lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190. 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj>. Acesso em 20 de maio de 2017).

⁴⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 136.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 139.

⁴⁶ Questão problemática é levantada por Víctor Moreno Catena, no que se refere ao tempo de detenção para a execução da ordem. Segundo o autor, caso se trate de entrega para a execução da pena ou medida de segurança, deve ser informado ao Estado de emissão o tempo de privação de liberdade, para que seja descontada da pena a ser cumprida. Situação mais delicada, porém, mostra-se quando se trata de ordem para o exercício de ações penais que, ao

previstas nas leis processuais penais e estar sujeita, em qualquer caso, à homologação judicial, sendo que esta autoridade pode, caso entenda cabível, substituí-la por outras medidas de coação⁴⁷.

Tendo-se em vista estes pontos, nomeadamente a funcionalidade do instituto, que não deve se esgotar na busca de maior eficiência e celeridade do procedimento de cooperação, mas sim, também assegurar um espaço comum de garantia dos direitos fundamentais do cidadão; e tendo como base uma orientação funcional-teleológica do processo penal, ou seja, do processo como instrumento de política criminal⁴⁸, temos que o mandado de detenção europeu não pode se exaurir na disposição positiva

final, resultam em absolvição. Para tais casos, defende o autor a possibilidade de indenização ao arguido, solução, porém, que por não estar consagrada em todos os ordenamentos, pode não ser aplicada na prática. (MORENO CATE-NA, Víctor. La orden europea de detención en España. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 78, p. 11-38., 2005. p. 36)

⁴⁷ Neste sentido: “defendemos que a privação da liberdade de uma pessoa com um MDE, em Portugal, é cautelar, precária, temporária e provisória, porque, por um lado, a detenção da pessoa procurada segue os trâmites do CPP e, por outro, duas ordens de razão corroboram esta posição: primeiro, porque quem operacionaliza a detenção será, com toda a certeza, um OPC, sob determinação da AJ competente para a promoção de execução – MP junto do tribunal da relação competente – ao qual comunica por escrito a efetivação da detenção; segundo, porque a AJ competente para a promoção da execução do MDE em Portugal – o MP junto do tribunal da relação competente, sendo este o da área de domicílio da pessoa procurada ou da área onde aquela se encontra – deverá, primeiramente, ouvi-la sumária e pessoalmente e logo que seja possível. O MP deve, ainda, informá-la da existência e do conteúdo do MDE, assim como da possibilidade de consentir na sua entrega à AJ de emissão, e promover a audição da pessoa detida, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, pelo juiz relator para que aprecie a validade da mesma e decida da sua manutenção, que, em caso de libertá-la, pode aplicarlhe uma das medidas de coação estipuladas pelo CPP. A detenção de uma pessoa com base num MDE está, desta feita, “sujeita à condição resolutive de homologação judicial” [neste ponto, cita, o autor, Maia Gonçalves], pois não é uma solução definitiva e inalterável.” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 124-126).

⁴⁸ Conforme explica Fernando Fernandes, na via de construção de um modelo processual penal, há que se conciliar os vetores de garantia do cidadão, com as da eficiência e funcionalidade do sistema punitivo. Assim, deve ser buscada a maior eficiência e funcionalidade possível do processo penal dentro de sua tradicional função de garantia. (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54).

da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de junho de 2002, mas sim, deve ser estruturado de maneira político-criminalmente orientada, buscando não apenas a concretização de um espaço comum de liberdade segurança e justiça, mas também e principalmente de um espaço comum e democrático de direito⁴⁹.

Ao se processar, portanto, sob a égide do ordenamento do Estado de execução, este deve respeitar as finalidades do processo penal, visando, nomeadamente, a realização da justiça, a descoberta da verdade e o restabelecimento da paz jurídica, mas sem se descuidar, é óbvio, dos direitos e garantias fundamentais, que devem sofrer as menores restrições possíveis durante o procedimento⁵⁰.

O exposto é de suma importância, tendo-se em vista, principalmente, o receio inaugurado com o Conselho de Tampere de 1999, de que a construção do espaço europeu seja excessivamente enfocada no viés repressivo e securitário e deixe desamparadas as garantias individuais⁵¹. O referido temor, inclusive, pode-se dizer ter sido reforçado em razão do estabelecimento de um reconhecimento mútuo não necessariamente vinculado com um nível suficiente de harmonização penal e processual penal, como deveria de ser⁵².

Tendo-se em vista o exposto, a questão que se coloca é relativa à automaticidade da execução do mandado de detenção europeu, ou, colocada de outra forma: cumpridos os requisitos formais do referido instrumento e não sendo o caso de eventual motivo de não execução

⁴⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 138.

⁵⁰ Neste sentido, conforme explica Maria João Antunes, costuma-se atribuir ao processo penal as finalidades essenciais de realização da justiça, descoberta da verdade, proteção dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e o restabelecimento da paz jurídica. (ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 14).

⁵¹ Sobre a importância do Conselho de Tampere como inauguração de uma nova fase no âmbito da União Europeia: RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal européia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 90 e ss.

⁵² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 71.

previsto na Decisão-Quadro 2002/584/JAI⁵³, o seu cumprimento deve ser

⁵³ “Artigo 3º. Motivos de não execução obrigatória do mandado de detenção europeu: A autoridade judiciária do Estado-Membro de execução (a seguir designada “autoridade judiciária de execução” recusa a execução de um mandado de detenção europeu nos seguintes casos: 1. Se a infracção na origem do mandado de detenção estiver abrangida por amnistia no Estado-Membro de execução, quando este for competente para o respectivo procedimento penal nos termos da sua legislação penal; 2. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado-Membro de condenação; 3. Se, nos termos do direito do Estado-Membro de execução, a pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu não puder, devido à sua idade, ser responsabilizada pelos factos que fundamentam o mandado de detenção europeu. Artigo 4º. Motivos de não execução facultativa do mandado de detenção europeu: A autoridade judiciária de execução pode recusar a execução de um mandado de detenção europeu: 1. Se, num dos casos referidos no n.º 4 do artigo 2.º, o facto que determina o mandado de detenção europeu não constituir uma infracção nos termos do direito do Estado-Membro de execução; todavia, em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios, a execução do mandado de detenção europeu não pode ser recusada pelo facto de a legislação do Estado-Membro de execução não impor o mesmo tipo de contribuições e impostos ou não prever o mesmo tipo de regulamentação em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios que a legislação do Estado-Membro de emissão; 2. Quando contra a pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu for movido procedimento penal no Estado-Membro de execução pelo mesmo facto que determina o mandado de detenção europeu; 3. Quando as autoridades judiciárias do Estado-Membro de execução tiverem decidido não instaurar procedimento criminal, ou pôr termo ao procedimento instaurado, pela infracção que determina o mandado de detenção europeu ou quando a pessoa procurada foi definitivamente julgada num Estado-Membro pelos mesmos factos, o que obsta ao ulterior exercício da acção penal; 4. Quando houver prescrição da acção penal ou da pena nos termos da legislação do Estado-Membro de execução e os factos forem da competência desse Estado-Membro nos termos da sua legislação penal; 5. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um país terceiro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação; 6. Se o mandado de detenção europeu tiver sido emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, quando a pessoa procurada se encontrar no Estado-Membro de execução, for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do

automático ou tem a autoridade de execução uma margem para controle? E se positiva a resposta para esta questão, quais seriam seus limites?

3. DO CONTROLE DE PROPORCIONALIDADE NO MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU.

Conforme assevera Anabela Miranda Rodrigues, a discussão da maior ou menor automaticidade da execução do mandado de detenção europeu tem recebido especial atenção em razão da emissão de uma grande quantidade de mandados relacionados a crimes considerados menos graves⁵⁴. Ao contrário de seu foco inicial, qual seja, o da facilitação da persecução da criminalidade mais grave, os limites previstos pelo artigo 2º. da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de junho de 2002⁵⁵ não permitem garantir a pretendida filtragem. Exemplo disto

seu direito nacional; 7. Sempre que o mandado de detenção europeu disser respeito a infração que: a) Segundo o direito do Estado-Membro de execução, tenha sido cometida, no todo ou em parte, no seu território ou em local considerado como tal; ou b) Tenha sido praticada fora do território do Estado-Membro de emissão e o direito do Estado-Membro de execução não autorize o procedimento penal por uma infração idêntica praticada fora do seu território.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190. 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj>. Acesso em 20 mai. 2017).

⁵⁴ Neste sentido, observa-se, a título exemplificativo, a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra no sentido da legitimidade de um mandado de detenção europeu para um indivíduo condenado por “falso testemunho” a uma pena de 186 dias: “1. É legal a emissão de mandado de detenção europeu (MDE) contra condenado, cidadão nacional que se encontre no estrangeiro, Espaço Schengen e que tenha de cumprir 186 dias de pena de prisão subsidiária.” (TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Acórdão 585/05.5TATNV-A.C1*. Relator: Calvário Antunes. Data: 05/05/2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ba4e4b6069be5bc8025772a0035606c?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,europeu>>. Acesso em 18 jan. de 2018).

⁵⁵ “Artigo 2º. Âmbito de aplicação do mandado de detenção europeu: 1. O mandado de detenção europeu pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver sido

é o caso do crime de furto, que por ser punível em basicamente todos os Estados-Membros, e se encontrar dentro dos limites estipulados pela normativa supracitada, pode ser a base para a emissão de um mandado de detenção europeu, seja se tratando de um grande furto, seja se tratando de um caso de *shoplifting*⁵⁶.

Assim, conforme explica Juan de Miguel Zaragoza, enquanto o número 1 do artigo 2º. estabelece um limite mínimo de 12 (doze) meses

decretada uma pena ou aplicada uma medida de segurança, por sanções de duração não inferior a quatro meses. 2. As infracções a seguir indicadas, caso sejam puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e tal como definidas pela legislação do Estado-Membro de emissão, determinam a entrega com base num mandado de detenção europeu, nas condições da presente decisão-quadro e sem controlo da dupla incriminação do facto: - participação numa organização criminosa, - terrorismo, - tráfico de seres humanos, - exploração sexual de crianças e pedopornografia, - tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, - tráfico ilícito de armas, munições e explosivos, - corrupção, - fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na aceção da convenção de 26 de Julho de 1995, relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, - branqueamento dos produtos do crime, - falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro, - cibercriminalidade, - crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas, - auxílio à entrada e à permanência irregulares, - homicídio voluntário, ofensas corporais graves, - tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos, - rapto, sequestro e tomada de reféns, - racismo e xenofobia, - roubo organizado ou à mão armada, - tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte, - burla, - extorsão de protecção e extorsão, - contrafacção e piratagem de produtos, - falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico, - falsificação de meios de pagamento, - tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento, - tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos, - tráfico de veículos roubados, - violação, - fogo-posto, - crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional, - desvio de avião ou navio, - sabotagem.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190. 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj>. Acesso em 20 mai. 2017).

⁵⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale* : bulletin de la Societé Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 84-85.

para pena em abstrato e 4 (quatro) meses para pena em concreto, o número dois contem uma lista de crimes, para os quais exige-se uma pena mínima em abstrato de 03 (três) anos, mas para os quais, é levado em conta somente o Estado de emissão, não importando se a conduta é tipificada no Estado de execução⁵⁷.

A grande questão é que, conforme exposto, os parâmetros previstos pela Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002, nomeadamente os dispostos pelo artigo 2º, n. 1 e 2, não são suficientes para garantir a restrição do mandado de detenção europeu àquela criminalidade para a qual fora concebida, qual seja, a considerada criminalidade grave.

Pelo contrário, os limites mínimos previstos pelo n. 1 do artigo em comento são irrisórios, situação que não é corrigida pelo princípio da dupla incriminação, uma vez há vários exemplos de condutas que são tipificadas por boa parte dos ordenamentos jurídico-penais europeus e encontram-se abrangidos pelo mesmo, não podendo ser considerados, porém, necessariamente como graves⁵⁸.

Além disso, conforme explica Sabine Gless, há um temor de que o reconhecimento mútuo leve a um aumento unilateral de punibilidade, uma vez que, visando um aumento de eficiência à custa dos indivíduos, há um inegável desequilíbrio nas práticas relativas ao mandado de detenção europeu, em razão do limitado poder de ação da defesa no Estado de execução⁵⁹. Aliás, conforme destaca Francisco J. Fonseca Morillo, se comparado com a proposta inicial da Comissão, o texto atual da

⁵⁷ MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 4, p. 139-158., jan. 2003. p.147-148.

⁵⁸ Neste sentido, além do já supracitado crime de furto, observam-se outros crimes patrimoniais, tais como o “furto de uso”, previsto no Art. 208º. do Código Penal Português, “dano”, previsto pelo Art. 212º., e “receptação”, previsto pelo Art. 231º. do mesmo diploma. (PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de Março: aprova o Código Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=109&pagina=1&tabela=leis&nverso=&so_miolo=>>. Acesso em 16 jan. 2018).

⁵⁹ GLESS, Sabine. A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 3, p. 395-426., jul./set. 2011. p. 417.

Decisão-Quadro 2002/584/JAI restringiu várias disposições destinadas a aumentar o nível de garantias dos arguidos⁶⁰.

Neste mesmo sentido, defende Sarah Haggemüller que, apesar de as estatísticas coletadas entre os anos de 2005 e 2010 demonstrarem um suposto sucesso do instrumento em comento, uma vez que mais de 68.000 (sessenta e oito mil) mandados foram emitidos, com uma significativa redução do tempo de execução se comparado com o antigo modelo de extradição, um olhar mais atento leva a conclusão de que a utilização do mandado de detenção europeu está ultrapassando os limites para os quais fora concebido, ainda mais por se tratar de medida coercitiva que envolve privação de liberdade⁶¹.

Assim sendo, o Conselho da União Europeia, em sua reunião de 3 e 4 de julho de 2010, definiu como uma das prioridades o tratamento do problema da desproporcionalidade dos mandados de detenção europeu. Neste sentido, houve consenso relativo à necessidade de um controle de proporcionalidade com o objetivo de evitar a emissão de mandados relacionados a crimes que, muito embora abrangidos pelos limites previstos pelo número 1, do artigo 2º. da Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002, não apresentem um determinado nível de gravidade⁶²⁻⁶³.

⁶⁰ Exemplifica, o autor, com a previsão do direito a um advogado a partir do momento da detenção, no texto original, enquanto que o atual faz apenas uma remissão ao ordenamento jurídico do Estado de execução; cita ainda, a previsão, na versão original, de um marco detalhado de possibilidades de colocação em liberdade da pessoa objeto do mandado, enquanto que, na versão atual, remete apenas ao ordenamento interno do Estado de execução; por fim, importante destacar que o antigo artigo 21 previa a colocação em liberdade da pessoa, após o vencimento do prazo da detenção, sem que tenha havido a entrega. (FONSECA MORILLO, Francisco J. La orden de detención y entrega europea. *Revista de derecho comunitario europeo*, ano 7, n. 14, p. 69-95, 2003. p.79-81).

⁶¹ HAGGENMÜLLER, Sarah. The principle of proportionality and the European arrest warrant. *Oñati Socio-legal Series* [online], v. 3, n. 1, p. 95-106, 2013. p. 98.

⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale : bulletin de la Société International de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 85.

⁶³ “A confiança na aplicação do mandado de detenção europeu tem sido posta em causa pelo problema recorrente dos mandados de detenção europeus

Conforme explica Anne Weyembergh, existem três possíveis soluções para o problema em questão. A primeira delas seria elevar os limites previstos pelo artigo 2º. da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, opção da qual a autora discorda. Isto porque, segundo ela, eventual elevação destes limiares tornaria os limites mínimos para a emissão de um mandado de detenção superiores aos de um pedido de extradição entre um Estado europeu e um terceiro. Além disto, isso poderia incentivar o aumento das penas em abstrato de determinados crimes em alguns Estados-Membros, a fim de justificar a emissão de mandados de detenção⁶⁴.

Uma segunda solução seria a adoção de um teste de proporcionalidade no Estado de emissão, sendo possível, inclusive, uma emenda

relativos à entrega de pessoas muitas vezes procuradas por delitos menores. Neste contexto, os debates no Conselho na sequência das conclusões das avaliações dos Estados-Membros[22] revelam que existe um consenso geral entre estes últimos que é necessário um controlo da proporcionalidade para evitar que sejam emitidos mandados de detenção europeus relativos a infracções que, embora abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 1[23], da decisão-quadro do Conselho relativa ao mandado de detenção europeu, não são suficientemente graves para justificar as medidas e a cooperação que a execução de um mandado de detenção europeu exige. Vários aspectos deviam ser considerados antes de emitir um MDE, nomeadamente a gravidade da infracção, a duração da pena, a existência de uma abordagem alternativa menos onerosa tanto para a pessoa procurada como para a autoridade de execução, bem como uma análise custo/benefício da execução do MDE. Quando são emitidos mandados de detenção europeus nos casos em que uma medida de detenção (preventiva) seria normalmente inadequada, produz-se um efeito desproporcionado sobre a liberdade das pessoas procuradas. Além disso, um número excessivo desses pedidos pode ser dispendioso para os Estados-Membros de execução. Pode igualmente conduzir a uma situação em que as autoridades judiciárias de execução (contrariamente às autoridades emissoras) se sentem inclinadas a aplicar um critério de proporcionalidade, introduzindo assim um motivo de recusa que não é conforme com a decisão-quadro do Conselho ou com o princípio do reconhecimento mútuo em que a medida se baseia.” (COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da comissão ao parlamento europeu e ao conselho sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados Membros*. Bruxelas, 11.02.2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0175&from=PT>>. Acesso em 20 mai. 2017).

⁶⁴ WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. p. 34-35.

ao artigo 2º. da Decisão-Quadro em comento, no sentido de que um mandado de detenção não seria emitido quando a extradição da pessoa não fosse necessária e proporcional⁶⁵.

Questão importante, porém, diz respeito ao conteúdo deste controle, ou seja, em que consistiria o teste de proporcionalidade a ser realizado pelo Estado de emissão. Conforme explica Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é uma regra de interpretação, utilizada nos casos em que a promoção de um direito fundamental ou interesse coletivo por parte de um ato estatal, implica a restrição de outros direitos fundamentais. Visa, portanto, impedir que a restrição de um direito fundamental se torne desproporcional⁶⁶.

Sua análise se divide em três sub-regras, quais sejam, a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo a primeira, tem-se que um meio deve ser considerado adequado quando for apto para fomentar o resultado pretendido⁶⁷, ou seja, deve contribuir para a promoção gradual do fim⁶⁸.

Por sua vez, um meio deve ser considerado necessário quando não haja a possibilidade de realização do fim pretendido através de outro ato que limite de maneira menos intensa o direito fundamental atingido⁶⁹. A análise nesta etapa, conforme leciona Humberto Ávila, deve ser feita em dois momentos, quais sejam, o exame da igualdade de adequação dos meios, verificando se a eventual promoção dos fins através de meios alternativos é equivalente, e o exame do meio menos restritivo, que visa averiguar a eventual menor restrição de direitos fundamentais por aqueles⁷⁰.

Por fim o exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição do direito

⁶⁵ Ibidem, p. 35.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 24.

⁶⁷ Ibidem, p. 36-37.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 38.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122.

fundamental e da importância da realização do direito fundamental ou interesse coletivo que a medida busca promover⁷¹. Assim, deve ser questionado se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pelos meios utilizados⁷².

Desta forma, no que se refere ao mandado de detenção europeu, deve ser analisado se a sua emissão, primeiramente, é adequada para a fomentação de seus fins, quais sejam, a detenção e a entrega da pessoa objeto do mandado para que seja submetida a um processo penal ou cumpra uma condenação, conforme o caso. Ainda, deve ser ponderado se estes fins não podem ser atingidos de maneira menos gravosa para os direitos fundamentais do indivíduo.

Por fim, deve ser feito um sopesamento entre os interesses persecutórios do Estado de emissão, levando em conta a gravidade do delito e a finalidade imediata da ordem, que pode ser, por exemplo, desde o cumprimento de uma sentença condenatória, até o simples comparecimento para um ato, e as inegáveis restrições de liberdade que são inerentes à detenção e à entrega, questionando se a medida é realmente proporcional⁷³. Neste sentido, já decidiu o Tribunal da Relação de Coim-

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 40.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

⁷³ Anabela Miranda Rodrigues entende que devem ser levados em conta também, os custos econômicos para o Estado de execução, que devem fazer parte da ponderação entre os interesses do Estado de emissão e os sacrifícios de liberdade do indivíduo (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. Cahiers de defense sociale : bulletin de la Société International de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 88). Muito embora, tendamos a concordar com a autora no que se refere à necessidade de consideração dos custos econômicos no momento da emissão do mandado, entendemos que tal ponderação não pode ser realizada através da regra da proporcionalidade, uma vez que ensejaria uma distorção do instituto, uma vez que este fora concebido como forma de impedimento de restrição desproporcional de direitos fundamentais, e não de ponderação entre interesses de Estados. Mister se faz, portanto, uma análise de que forma a disparidade entre os custos econômicos da detenção e entrega de um indivíduo e a importância da mesma para o Estado de emissão pode obstar a emissão ou até mesmo a execução de uma ordem, análise porém, que ultrapassa os limites temáticos do presente trabalho.

bra, em Acórdão de 21/11/2007, segundo o qual, sendo o mandado de detenção europeu um instrumento de restrição de direito fundamental, ainda mais se considerado seu eventual e possível tempo de duração, deve ser regido não apenas na prossecução, mas também na emissão, pelos princípios da legalidade, da excepcionalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade *lato sensu*⁷⁴.

Importante destacar, porém, que a emenda do artigo 2º. nos parece desnecessária, uma vez que, conforme destaca Anne Weyembergh, o princípio da proporcionalidade já é consagrado no âmbito europeu, sendo, ainda, tutelado pelas Constituições dos diversos Estados-Membros. Desta forma, independentemente de sua consagração expressa na Decisão-Quadro, deve ser adotado e aplicado o teste de proporcionalidade no Estado de emissão⁷⁵.

A questão que se levanta, porém, é relativa à possibilidade de um controle de proporcionalidade não apenas no âmbito do Estado de emissão, mas também no de execução, configurando, portanto, um duplo teste, sendo esta a terceira possível solução elencada por Anne Weyembergh. Segundo a autora, tal possibilidade ensejaria a recusa da execução, por parte do Estado requerido, de mandados que se mostrem desproporcionais.

⁷⁴ “1. Traduzindo-se a execução de um mandado de detenção europeu numa restrição importante de um direito fundamental como o direito à liberdade, num horizonte territorial alargado, tendo em conta, igualmente, o período de tempo em que a detenção potencialmente se pode manter sem que seja tomada a decisão final de entrega, conclui-se que não só a sua prossecução, mas também a decisão que a montante é tomada quanto à sua emissão, deverão obedecer aos princípios da legalidade, da excepcionalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade *lato sensu*. 2. No caso de emissão de mandado de detenção europeu, com fundamento na declaração de contumácia, tendo em consideração as restrições à liberdade que implica, que se projectam para além do território nacional e podem determinar, até à decisão final de entrega, um período de detenção alargado é indispensável proceder à concreta ponderação dos apontados critérios.” (TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Acórdão 210/00.0TBTNV-A.C1*. Relator: Jorge Gonçalves. Data: 21/11/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5b-b/2efa04e7488c8d62802573a700628f3b?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,europeu>>. Acesso em 27 mai. 2017).

⁷⁵ WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. p. 35.

Isto possibilitaria a consideração de elementos que dificilmente seriam levados em conta pelo Estado de emissão, tais como circunstâncias familiares, ou condições de saúde da pessoa objeto do mandado⁷⁶.

Sobre este ponto, já se manifestou o Conselho da União Europeia, entendendo, porém, que tal controle é admissível apenas no âmbito do Estado de emissão. Assim, defendeu-se que qualquer entendimento contrário configuraria tentativa de negativa de execução do mandado com base em motivos não elencados na Decisão-Quadro e em sentido contrário à própria ideia de reconhecimento mútuo⁷⁷.

Com entendimento semelhante, Daniel Flore defende que uma decisão tomada por uma autoridade competente, no Estado-Membro de emissão, em conformidade com as regras deste Estado, não deve ser objeto de controle por parte da autoridade do Estado de execução. Para o autor, em face dos princípios do reconhecimento e da confiança mútua, submeter esta decisão a uma espécie de validação no Estado de execução daria ao instituto uma natureza que não é a qual lhe fora pensada⁷⁸.

Ainda, Anne Weyembergh também entende pela recusa desta solução, tendo como base, primeiramente, a própria filosofia do mandado de detenção europeu, que restaria prejudicada em caso de necessidade de um duplo controle. Além disso, para a autora, este teste de proporcionalidade pressupõe certo nível de conhecimento do sistema de justiça do Estado de emissão, o que tornaria a implementação prática desta proposta bastante dificultosa⁷⁹.

⁷⁶ Ibidem, p. 37.

⁷⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale* : bulletin de la Societé Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 87.

⁷⁸ FLORE, Daniel. Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité. *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, p. 65-77, 2001. p. 76.

⁷⁹ WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. p. 37.

O Tribunal da Relação de Lisboa também já se manifestou a respeito, entendendo não ser devida a realização de juízo de proporcionalidade pelo Estado de execução, mas tão somente pelo de emissão⁸⁰.

Não obstante estes fortes argumentos em contrário, entendemos que se faz importante e necessário um juízo de proporcionalidade também no Estado de execução, tendo-se em vista que, no caso concreto, neste tem-se a possibilidade de analisar eventuais circunstâncias que, pelas mais diversas razões, podem não ter sido consideradas pelo Estado de emissão e que podem tornar as restrições de direitos fundamentais do indivíduo mais intensas em caso de sua detenção e entrega, e, conseqüentemente, desproporcionais em relação às finalidades do Estado de emissão.

Conforme defende Manuel Valente, a total jurisdicionalização do procedimento do mandado de detenção europeu representou, no sentido da proteção dos direitos da pessoa objeto do mandado, um avanço, uma vez que o submete também às garantias processuais do Estado de execução, eliminando, ainda, o juízo político sobre a cooperação. Esta medida se mostra, ainda, como uma concretização do princípio da confiança mútua, uma vez que permite à autoridade de execução exercer não apenas um controle genérico, qual seja, o de saber se um fato gerador preenche ou não uma das infrações da lista ou se é incriminado

⁸⁰ “I.- A decisão de emissão de um mandado de detenção europeu deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, mas o juízo sobre a proporcionalidade compete à autoridade judiciária do Estado de emissão, não cabendo à autoridade judiciária do Estado de execução efectuar qualquer juízo de proporcionalidade sobre a decisão da autoridade judiciária do Estado de emissão de proceder criminalmente contra a pessoa procurada e de ordenar a sua detenção. II.-O princípio da confiança mútua impõe, no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados Membros considere, salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros Estados Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por este direito.” (TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. *Acórdão 546/17.1YRLSB5*. Relator: Jorge Gonçalves. Data: 07/04/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/96960c7c05dc8e108025813300466ba7?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,europeu>>. Acesso em 18 jan. 2017).

no Estado de emissão, como também um controle adequado, nos termos do considerando 8 da Decisão-Quadro⁸¹⁻⁸².

Tratando-se especificamente do caso português, estando as medidas de coação submetidas ao Código de Processo Penal, deve se obedecer aos princípios balizadores da detenção de qualquer pessoa, ou seja, ser adequada e proporcional ao fim do mandado de detenção europeu, qual seja, a entrega da pessoa detida à autoridade judiciária de emissão, como ainda resultado da inadequação e insuficiência de outras medidas de coação para garantir a execução destas finalidades⁸³.

Desta forma, não pode a decisão emitida por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro ser automaticamente executada pela autoridade de outro, sem que antes seja realizado um teste de proporcionalidade a fim de averiguar se a detenção e posterior e eventual entrega da pessoa objeto do mandado é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao interesse persecutório do Estado de emissão⁸⁴.

⁸¹ “(8) As decisões sobre a execução do mandado de detenção europeu devem ser objecto de um controle adequado, o que implica que deva ser a autoridade judiciária do Estado-Membro onde a pessoa procurada foi detida a tomar a decisão sobre sua entrega.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190. 18.7.2002. p. 1-20. Disponível em: < http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj >. Acesso em 20 de maio de 2017).

⁸² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 170-172.

⁸³ *Ibidem*, p. 175.

⁸⁴ Conforme explica Cézaro Roberto Bitencourt, o princípio da proporcionalidade é consagrado não apenas como critério de interpretação, mas sim, como verdadeira garantia legitimadora e limitadora do poder estatal e de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, nos termos expostos por Paulo Bonavides, todos os atos estatais passam a ter uma finalidade política ditada por valores éticos extraídos da Constituição [adequação teleológica]; os meios adotados para o alcance de determinada finalidade não podem ultrapassar os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis [necessidade]; e todo representante do estado está obrigado a fazer uso apenas de meios adequados e abster-se de meios desproporcionais [proporcionalidade stricto sensu] (BONAVIDES apud BITENCOURT, Cézaro Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1*: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24-25).

Neste sentido, o tribunal de apelação de Stuttgart, em decisão de 25 de fevereiro de 2010, entendeu ser admissível um controle de proporcionalidade no Estado de execução, tendo como base os prejuízos à liberdade da pessoa objeto do mandado, assim como seus direitos fundamentais, devendo, porém, em caso de recusa à detenção, o Estado oferecer garantias de que impeçam a fuga do agente e venha a frustrar a eventual posterior entrega⁸⁵.

Conforme consta do acórdão, o princípio da proporcionalidade é uma das tradições constitucionais dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, estando, inclusive, previsto pelo artigo 49º., parágrafo 3º., da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁶, se relacionado a um padrão de Direitos Fundamentais reconhecidos no espaço europeu, devendo, portanto, serem aplicados⁸⁷.

Assim, antes de ser executado um mandado de detenção europeu, deve ser realizado um teste de proporcionalidade, tendo este por base, no mínimo, o direito à liberdade da pessoa procurada, as importâncias das

⁸⁵ OLG STUTTGART. *Beschl. v. 25.2.2010* – 1 Ausl. (24) 1246/09, BeckRS 2010, 6922.

⁸⁶ “Artigo 49º. Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas: 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi praticada. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada. 2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que tenha sido condenada uma pessoa por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações. 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção.” (PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. C 364/01, 18.12.2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 25 mai. 2017).

⁸⁷ Do original: “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen gehört zu den gemeinsamen Verfassungserbteilungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionrechts. In diesem Sinne bestimmt auch Art. 49 Abs. 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABI. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007 S. 1 – GRCh), dass das Strafmaß zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein darf;...” (OLG STUTTGART. *Beschl. v. 25.2.2010* – 1 Ausl. (24) 1246/09, BeckRS 2010, 6922).

subsequentes ações objetivadas pelo Estado requerente com a emissão do mandado e as consequências legais previstas. Assim, o instrumento pode ser desproporcional quando a pena prevista para o crime em questão seja muito baixa, ou quando a acusação não seja de demasiada importância, não justificando a execução de um mandado de detenção europeu⁸⁸.

Nesta linha, ainda que diante do dever de cooperação em matéria penal baseado no conceito do reconhecimento mútuo, deve haver uma análise exegética das normas perante os princípios da proporcionalidade e da excepcionalidade da entrega da pessoa, sob pena de violação indireta de valores superiores inscritos nomeadamente na Carta Europeia dos Direitos do Homem⁸⁹ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

⁸⁸ Do original: “Bei der rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlichen Einzelfallabwägung sind jedenfalls in Rechnung zu stellen das Freiheitsgrundrecht des Verfolgten, der mit Auslieferungshalt und Durchführung eines Auslieferungsverfahrens verbundene Aufwand, die Bedeutung der zugrundeliegenden Tat und die zu erwartende Rechtsfolg. [...] Auslieferungshaft kann insbesondere dann unverhältnismäßig sein, wenn der Tatvorwurf geringe Bedeutung hat und sie Straferwartung nicht im Verhältnis zur Belastung des Verfolgten durch Inhaftnahme und Auslieferung sowie zum Verfahrensaufwand steht.“ (OLG STUTTGART. *Beschl. v. 25.2.2010* – 1 Ausl. (24) 1246/09, BeckRS 2010, 6922).

⁸⁹ “Art. 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas

em razão da violação de excesso⁹⁰⁻⁹¹. Desta forma, deve o mandado de detenção europeu ser pautado pelo princípio da proporcionalidade, de maneira que a restrição da liberdade da pessoa deve ser proporcional à gravidade da conduta do agente e aos fins de sua entrega, não devendo haver, ainda, outros meios menos onerosos que atinjam estas finalidades⁹².

Tal aplicação, nos termos expostos, é essencial para a consagração de um espaço europeu voltado cada vez mais, não apenas para a segurança, mas também para a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, auxiliando na consagração não de um espaço de Estados soberanos, mas sim, do que Anabela Miranda Rodrigues intitula de um espaço de partilha de soberanias⁹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, restou comprovado que embora sejam muito importantes para o modelo de cooperação em matéria penal atualmente adotado no espaço europeu, podendo entendê-los, inclusive, como cruciais

mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo". (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM; COUNCIL OF EUROPE. *Convenção europeia dos direitos do homem*: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 28 mai. 2017).

⁹⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 330-331.

⁹¹ Importante destacar que, segundo Helmut Satzger, os direitos previstos pelos artigos 47º. a 50º. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e pelo art. 6º. da Convenção europeia dos direitos do homem, somente estabelecem um standard mínimo de proteção legal, devendo a presente lacuna ter sido preenchida pela Decisão-Quadro, o que não foi feito. (SATZGER, Helmut. *International and european criminal law*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 129).

⁹² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 334.

⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale* : bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. p. 89-90.

para o seu funcionamento, o instituto do reconhecimento mútuo e, especialmente, sua posterior concretização através do mandado de detenção europeu, são instrumentos que devem ser utilizados com muita cautela, uma vez que ensejam necessária restrição de direitos fundamentais da pessoa objeto do mandado.

Desta forma, observa-se que a maneira como estes têm sido emitidos em casos nos quais a conduta típica em questão, muito embora dentro dos limites previstos pela Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 13 de Junho de 2002, não pode ser considerada suficientemente grave, reforça as dúvidas e temores relativos ao eventual enfoque no viés repressivo na construção do espaço comum europeu de liberdade, segurança e justiça em detrimento, porém, da proteção das garantias dos cidadãos.

No entanto, não entendemos ser necessária e nem mesmo adequada uma elevação dos limiares mínimos do Art. 2º da Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeu. Pelo contrário, mister se faz a realização de um teste de proporcionalidade que leve em conta a necessidade, a idoneidade e a proporcionalidade da detenção e entrega da pessoa objeto do mandado, tendo como base os interesses persecutórios do Estado de emissão, em face dos direitos e garantias do indivíduo.

Muito embora seja importante a realização deste juízo no âmbito do Estado requerente, podendo se dizer, inclusive, não haver significativas controvérsias sobre esta possibilidade e até mesmo imperiosidade, entendemos que esta não é suficiente, devendo ser este realizado também no âmbito do Estado requerido, uma vez que nele poderão ser levadas em conta circunstâncias específicas do caso que dificilmente estariam ao alcance das autoridades do Estado de emissão.

Desta forma, não podem os mandados de detenção europeu ser de execução automática quando não abrangidos pelas causas de não-execução, devendo, portanto, serem analisados pela autoridade responsável no Estado de execução, a fim de averiguar sua proporcionalidade para com os fins com ele buscados. Esta é uma importante medida para assegurar o respeito aos limites impostos pela própria teleologia do instituto, tendo-se em vista as finalidades para as quais fora concebido, ajudando, ainda, a reforçar a ideia de um espaço comum, não de exclusiva repressão, mas também de reforço de garantias e direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português. In: MOREIRA, Vital. [et. al.]. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 69-157.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da comissão ao parlamento europeu e ao conselho sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados Membros*. Bruxelas, 11.02.2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0175&from=PT>>. Acesso em 20 mai. 2017.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. OJ L 190, 18.7.2002, p. 1-20. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj> . Acesso em 18 mai. 2017.
- ESPOSITO, Vitalino. A aplicação prática dos princípios da Convenção Européia dos Direitos do Homem no processo penal italiano. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 217-239., abr./jun. 1994.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Brozicek v. Italy*. Application no. 10964/84. Strasbourg, 19/12/1989. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57612>>. Acesso em 19 jan. 2018.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FONSECA MORILLO, Francisco J. La orden de detención y entrega europea. *Revista de derecho comunitario europeo*, ano 7, n. 14, p. 69-95, 2003.
- FLORE, Daniel. Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité. *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, p. 65-77, 2001. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2268/79814>>. Acesso em 18 mai. 2017.

GLESS, Sabine. A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 21, n. 3, p. 395-426., jul./set. 2011.

HAGGENMÜLLER, Sarah. The principle of proportionality and the European arrest warrant. *Oñati Socio-legal Series* [online], v. 3, n. 1, p. 95-106, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2200874>>. Acesso em 27 mai. 2017.

KLIP, André. *European criminal Law*. An integrative approach. Oxford: Intersentia, 2009.

KOSTORIS, Roberto E. Diritto europeo e giustizia penale: In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 1-76.

MIGUEL ZARAGOZA, Juan de. Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, n. 4, p. 139-158., jan. 2003.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU criminal law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

MORENO CATENA, Víctor. La orden europea de detención en España. *Revista del Poder Judicial* Madrid, n. 78, p. 11-38, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán. Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal. *Direito e Cidadania*, v. 7, n. 22, p. 27-89, 2005.

OLG STUTTGART. *Beschl. v. 25.2.2010* – 1 Ausl. (24) 1246/09, BeckRS 2010, 6922.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. C 364/01, 18.12.2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 25 mai. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999*: conclusões da presidência. 2010. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em 17 mai. 2017.

PORTUGAL. *DL n.º 48/95, de 15 de Março*: aprova o Código Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=109&pagina=1&tabela=leis&nverso=&so_miolo=>>. Acesso em 16 jan. 2018.

PORTUGAL. *DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro*: aprova o Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha="](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=)

1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em 16 jan. 2018

RODRIGUES, Anabela Miranda. Comentários aos artigos 82º. a 84º. do Tratado de Lisboa. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa*: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426-440.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, crime e ciência penal “européia”. In: RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 361-384.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Judicial cooperation in criminal matters, the principle of proportionality and the effectiveness of the European Arrest Warrant. *Cahiers de defense sociale* : bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste, Milano, n. 38, p. 82-90, 2013. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/cahiers.htm>>. Acesso em 11 jan. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal européia*: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SATZGER, Helmut. *International and european criminal law*. Oxford: Hart Publishing, 2012. <https://doi.org/10.5771/9783845236186>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Madrid: Edisofer S.L., 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SPENCER, John. Il principio del mutuo riconoscimento. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di). *Manuale di procedura penale europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 313-328.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Acórdão 210/00.0TBTVN-A.C1*. Relator: Jorge Gonçalves. Data: 21/11/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2efa04e7488c8d62802573a700628f3b?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,europeu>>. Acesso em 27 mai. 2017.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. *Acórdão 585/05.5TATNV-A.CI*. Relator: Calvário Antunes. Data: 05/05/2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ba4e4b6069be5bc8025772a0035606c?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,uropeu>>. Acesso em 18 jan. 2018.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. *Acórdão 546/17.1YRLSB5*. Relator: Jorge Gonçalves. Data: 07/04/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/96960c7c05dc8e108025813300466ba7?OpenDocument&Highlight=0,mandado,de,deten%C3%A7%C3%A3o,uropeu>>. Acesso em 18 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM; COUNCIL OF EUROPE. *Convenção europeia dos direitos do homem: com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7, 12 e 13*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 28 mai. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Programa das medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo. *Jornal oficial das Comunidades Europeias*. C 12. Ano 44. 15.01.2001. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001Y0115\(02\)&qid=1494990147390&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001Y0115(02)&qid=1494990147390&from=EN)>. Acesso em 17 mai. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa: versão consolidada*. Lisboa: Assembleia da República, 2008. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em 17 mai. 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006.

VERVAELE, John A. E. *European Criminal Justice in the post-Lisbon area security and justice. Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, n. 5, Trento: Università Degli Studi di Trento, 2014.

VOGEL, Joachim. *Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTIN, Adán. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2007. p. 157-166.

WEYEMBERGH, Anne. *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant: Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision: Annex I*. Brussels: European Parliament, 2014. Disponível em: <<http://>>

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET\(2013\)510979\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/510979/IPOL-JOIN_ET(2013)510979(ANN01)_EN.pdf)>. Acesso em 25 mai. 2017.

WOLTER, Jürgen. Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal: In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María et. al. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona. José Maria Bosch Editor, 1995. p. 37-72.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de coautoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 22/11/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/11/2017
- Avaliação 1: 07/12/2017
- Avaliação 2: 16/12/2017
- Avaliação 3: 19/12/2017
- Decisão editorial preliminar: 08/01/2018
- Retorno rodada de correções 1: 24/01/2018
- Decisão editorial preliminar 2: 02/02/2018
- Retorno rodada de correções 2: 03/02/2018
- Decisão editorial final: 03/02/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 435-472, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.