



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

EDUARDA FARIAS FONTENELE

VERDADE, PROVA E EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA:

a necessidade do controle racional da atividade judicial a partir dos *standards* de prova

Recife

2023

EDUARDA FARIAS FONTENELE

VERDADE, PROVA E EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA:

a necessidade do controle racional da atividade judicial a partir dos *standards* de prova

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Probatório.

Orientadora: Profa. Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti.

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Fontenele, Eduarda Farias.

Verdade, Prova e Epistemologia Judiciária: a necessidade do controle racional da atividade judicial a partir dos standards de prova / Eduarda Farias Fontenele. - Recife, 2023.

52 f.

Orientador(a): Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. verdade. 2. epistemologia. 3. standard de prova. 4. motivação judicial. I. Cavalcanti, Danielle Souza de Andrade e Silva. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

EDUARDA FARIAS FONTENELE

VERDADE, PROVA E EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA:

a necessidade do controle racional da atividade judicial a partir dos standards de prova

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 27/04/2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Manuela Abath Valença (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Luiz Felipe de Souza (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Longe de minhas palavras demonstrarem a real admiração e gratidão que sinto por cada um que está ao meu lado e sem pretensão de esgotar todo o carinho que sinto, escrever esse agradecimento, como tarefa final do meu trabalho de conclusão de curso, me faz nutrir o sentimento de que eu nada seria e nada alcançaria se não fosse por cada pessoa e cada encontro.

Em maior ou menor medida, todos contribuíram para que eu fosse capaz de fechar esse ciclo e me fizesse ainda mais forte para iniciar tantos outros ciclos que virão. Eu sou porque vocês são. Ainda assim, mesmo que sozinha eu pudesse conquistar o mundo, de nada adiantaria alcançar o topo se eu não tivesse com quem compartilhar as dores e as delícias de cada caminho percorrido.

A Deus, agradeço pelo amor misericordioso e pela graça imerecida que me fez capaz de seguir firme diante das adversidades, capacitando-me, dando-me discernimento e tranquilizando o meu coração.

À minha mãe, Rosa Farias Fontenele, agradeço por nutrir em mim o senso de justiça e inconformismo com o mundo. Agradeço por sempre acreditar em mim e me enxergar enquanto mulher forte e capaz, não medindo esforços para que eu pudesse ser o que escolhi ser.

Ao meu pai, Carlos Alberto Fontenele, agradeço por todo esforço traduzido em cuidado e carinho desde cedo. A pessoa que sempre se mostrou disponível e demonstrou o seu zelo e amor em forma de atitudes rotineiras que fazem a diferença no meu dia.

Ao meu irmão, Carlos Aurilo Farias, agradeço pela parceria e pela torcida em cada fase na minha vida.

Às minhas avós Maria Ecy e Dorisvanda, pela imensa saudade de não tê-las no meu dia a dia, sendo grata a elas desde o princípio. À minha família, que mesmo distante, se faz presente e torce por mim.

A Lucas Parizi, meu namorado, minha gratidão por todo cuidado, compreensão, parceria e pelo amor sereno, que me possibilitou enfrentar as últimas etapas da graduação de maneira leve, mesmo em fases difíceis.

Às minhas amigas Sarelle Alves e Maria Clara, agradeço pelos cafés e vinhos, pelos incentivos e acolhidas nesses últimos 5 anos.

À Paloma Mourato e Maria Eduarda Vones, amizade acentuada nos últimos anos e que me dão sentido de completude. Minha torcida por vocês é gigante.

À Carolina Santiago, pelas horas e horas de estudo juntas. Sempre recordarei.

À Bárbara Figueiredo, você foi um presente na minha vida. Agradeço por tanta troca e por sua escuta atenta. Você fez muita falta no meu *ead*, compartilhar as loucuras da FDR com você foi especial.

À Bárbara Nascimento, que dispensa apresentações em minha vida, a gente se entende e se apoia em tudo. O *destino* foi muito bom comigo ao possibilitar esse encontro. Elas por Elas!

Aos meus “*amiguinhos*”, grupo criado desde o início da graduação que sobreviveu às intempéries e está vivo e forte, sempre lembrando os tempos de Mamede pós prova.

Aos meus amigos de vida, (e de treino) que compartilharam minhas felicidades e lamentações durante os anos de graduação, inclusive junto a mim (Thainá Ribeiro), serei sempre grata.

A Vinícius Rocha pela “*sociedade*” criada desde a DPU e pela ideia *louca* de criar um grupo de estudos em processo penal durante a pandemia (e deu no que deu). Você é uma referência!

Com base nisso, minha eterna gratidão à Equipe 20 da II Competição Brasileira de Processo Penal. Compartilhei com Alice Magalhães, Bárbara Nascimento, Breno Marcos, Felipe Gustavo, João Figueiredo, Kleber Arruda, Rodrigo Moreno e Vinícius Rocha a experiência mais desafiadora e especial dos anos de graduação. Não há aprendizado mais valioso que essa troca. Trouxemos, com muito orgulho, o vice-campeonato para a Faculdade de Direito de Recife. *Meus sinceros cumprimentos!*

A UFPECrIm foi criada com o esforço de muitos e com o desejo de que o direito e o processo penal estejam em constante debate e que o inconformismo da injustiça do nosso sistema criminal seja um terreno para mudanças estruturais. O legado se seguiu na III CBDPP, e que assim perdure. Gratidão a todos os co-fundadores e ligantes.

Às minhas professoras e professores, aos servidores e todos que fazem parte da Universidade Federal de Pernambuco e da Faculdade de Direito de Recife, espaço plural, gratuito e que se empenha no seu dever de produzir ciência de qualidade.

À minha orientadora, Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, por todo o apoio dado durante a elaboração deste trabalho.

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital.

Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.

Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica. (Tobias Barreto, Fundamento do Direito de Punir, p. 179)

RESUMO

A presente monografia visa discutir os dissídios doutrinários acerca da problemática de se considerar a busca da verdade enquanto condição necessária para uma decisão justa. Nesse sentido, cuida-se de apontar as fases processuais referentes à atividade probatória lançando-os sob a filtragem epistemológica. Para alcançar o objeto do trabalho, por meio de revisão bibliográfica, analisa-se as garantias que permeiam o processo penal, bem como o papel do julgador na atividade valorativa do conjunto probatório, cabendo a ele a tarefa de avaliar as provas mediante critério racional. É a correta inferência das provas admitidas em processo relacionadas às hipóteses fáticas trazidas pelo órgão acusatório que indicarão, ao final do processo, qual enunciado irá prevalecer, caso seja ultrapassado o *standard* de prova, dispensando, pois, a íntima convicção do juiz como meio hábil para julgar. Isso traz, portanto, a urgência de se considerar necessária a justificação clara e coerente da decisão tomada pelo magistrado. O que deve ocorrer mediante exposição do raciocínio probatório para ser passível de aceitabilidade e controlabilidade por seus destinatários.

Palavras-chave: verdade; epistemologia; standard de prova; motivação judicial.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the doctrinal disagreements about the problem of considering the search for truth as a necessary condition for a fair decision, in this sense, care is taken to point out the procedural phases related to the probative activity, casting them under the epistemological filter. In order to reach the object of the work, through a bibliographic review, the guarantees that permeate the criminal process are analyzed, as well as the role of the judge in the evaluative activity of the evidence set, with the task of evaluating the evidence through rational criteria. It is the correct inference of the evidence admitted in the process to the factual hypotheses that will indicate which statement will prevail, if the standard of proof is exceeded, dispensing, therefore, with the judge's intimate conviction as a skillful means of judging. This brings, therefore, the urgency to consider necessary the clear and coherent justification of the decision taken by the magistrate. What must occur through exposition of evidentiary reasoning to be subject to acceptability and controllability by its addressees.

Keywords: truth; epistemology; standard of proof; judicial motivation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A BUSCA DA VERDADE E SUAS CONCEPÇÕES	11
2.1 A (não) dicotomia entre verdade processual e verdade real	13
2.2 A possibilidade de verdade no processo	17
2.3 A (im)possibilidade do conhecimento da verdade processual	18
2.4 A verdade enquanto correspondência	20
3 A ATIVIDADE PROBATÓRIA À LUZ DOS VALORES EPISTÊMICOS	22
3.1 Garantias processuais e sua relação com a epistemologia	24
3.1.1 A imparcialidade do juiz	24
3.1.2 O contraditório	27
3.1.3 Presunção de inocência	28
3.1.4 A razoável duração do processo	29
3.1.5 O duplo grau de jurisdição	30
4 A VALORAÇÃO PROBATÓRIA	32
4.1 Da prova tarifada ao livre convencimento motivado	34
4.2 Métodos de valoração	36
5 A DECISÃO E A IMPRESCINDIBILIDADE DA FIXAÇÃO DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA	39
5.1 Standard de prova como critério de decisão	40
5.2 Motivação judicial e o controle epistemológico	45
6 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A busca pela prestação jurisdicional é marcada, na contemporaneidade, pela descrença de uma decisão justa. O problema reside no campo axiológico admitido pela administração da justiça no qual não elenca a verdade enquanto *um critério constitutivo do correto funcionamento do sistema sócio-político*¹.

Em que pese a revolução que seria dispor a Justiça de uma espécie de “oráculo”, iríamos nos deparar com julgadores capazes de conhecer e revelar a verdade no ambiente judicial sem se opor a obstáculos cognitivos, epistêmicos, temporais. Seria “um mundo de certezas absolutas”.² Voltando à realidade, a tarefa judicial é marcada por condicionantes que limitam e obstaculizam a reconstrução de um fato histórico que ensejou a lide.

A impossibilidade cognitiva e temporal de não se alcançar o conhecimento absoluto levou o caminho processual a se conformar com premissas outras que não almejavam a construção de um conjunto probatório que fosse capaz de determinar os fatos juridicamente relevantes e caminhassem para uma decisão judicial pautada no valor da verdade.

Assim, o juiz real não é onisciente tal qual um *oráculo*, tampouco age totalmente desvinculado de suas próprias convicções. É por tal razão que se faz necessário à atividade judicial a tarefa de compreender as limitações intelectuais inerentes ao ser humano para se portar a partir de mecanismos racionais de produção, valoração e decisão sobre o conjunto probatório, visando alcançar uma decisão justa e alicerçada na hipótese fática provavelmente verdadeira.

Sendo o processo penal um “instrumento que tem na determinação dos fatos um pressuposto necessário para a imposição das consequências jurídicas previstas em lei”³, só se pode pensar uma atividade legítima do poder punitivo estatal se esta estiver pautada na correta reconstituição dos fatos, ainda que condicionada a regras probatórias que limitem o acesso à verdade, pois necessárias para a manutenção de direitos e valores igualmente importantes para o ordenamento.

¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Oficina das Letras, 2012. p. 120.

² MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. **Arquivos da resistência: Ensaios e anais do VII seminário Nacional do IBADPP**. ed. 1, ano 1. p. 93-110. p. 93.

³ MATIDA, Janaína; NARDELLI, Mascarenhas Marcella; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica?imprimir=1>. Acesso em: 13 fev. 2023. p.1/5.

Trazendo à tona a discussão acerca do alcance da verdade no processo, bem como a necessidade de uma conformação probatória a partir de pressupostos epistêmicos, pretende-se, com este trabalho, atestar a adequação do fim institucional do processo com a verdadeira verificação do enunciado fático, a pretexto de combater a discricionariedade e incontrolabilidade das decisões judiciais a partir do raciocínio indutivo, analítico e dos *standards* de prova.

Inicialmente, serão expostas as considerações acerca da possibilidade de alcançar a verdade no processo e, nessa perspectiva, a sua relação enquanto condição para se proferir uma sentença justa pelo julgador. Assim, serão analisadas as nomenclaturas utilizadas para tratar o tema, bem como as divergências doutrinárias, com destaque para a formação de uma premissa que seguirá como farol aos próximos pontos.

No segundo capítulo, referente à atividade probatória, são explicadas as garantias que guiam essa fase processual e a sua relação com a busca do conhecimento, através de perspectivas epistêmicas.

Após, será abordado o estágio da valoração do conjunto probatório, alcançando uma análise histórica dessa atividade até a sua disposição normativa atual. Pretende-se, ainda neste capítulo, abordar brevemente os métodos utilizados para o raciocínio judicial aceitos no processo penal.

Por fim, no último capítulo, pretende-se defender o uso de padrões de julgamento e a motivação da decisão enquanto meio capaz de racionalizar a atividade judicial e legitimar o poder punitivo estatal, visto que, cumprido esses métodos, se consolidará um terreno fértil para controle do raciocínio do magistrado e uma garantia contra o seu arbítrio.

2 A BUSCA DA VERDADE E SUAS CONCEPÇÕES

“O grau de adesão concreta ao princípio da verdade parece, com efeito, um índice eficaz do grau de democracia efetivamente existente em um regime político”.⁴ Taruffo traz à tona um debate antigo, não próprio das ciências jurídicas, acerca da verdade em uma perspectiva ética-política, delineando a verdade enquanto valor basilar da atividade do Estado, da administração da justiça, e da própria possibilidade de se atingir um juízo de fato mais próximo da realidade.

Entretanto, embora a verdade e a justiça possuam estreita relação, o processualista italiano não se ilude com o óbvio binômio, visto que ainda há problemas e opiniões variadas no que concerne à finalidade do processo judicial e à busca da verdade. Assim, muitos juristas não teriam a verdade enquanto escopo, mas tão somente, manifestados pelo ceticismo e demais perspectivas, veriam a função do processo enquanto procedimento capaz de pôr fim às controvérsias. Ainda, agiriam conforme a crença de que a reconstrução dos fatos, bem como a valoração probatória seria realizada de maneira intuitiva, sem a necessidade de aperfeiçoar técnicas específicas⁵.

Ademais, a teoria do conhecimento na atividade jurídica possui muitas divergências, isso porque, como dito, há quem defenda um posicionamento cético ou um repúdio da verdade, tendo seus adeptos denominados por Goldman como *veriphobicos*, pois, para eles, a busca pelo conhecimento não seria pautada em uma crença verdadeira, mas em uma crença institucionalizada⁶. No mesmo sentido, sobre o ceticismo radical, Barbosa Moreira:

conduz à total desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstruir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mais vale decidir nos dados a sorte do pleito.⁷

Sem a pretensão de esgotar o tema, serão abordados tais modelos acerca do objetivo da atividade processual e probatória.

⁴ TARUFFO, Michele, 2012. p. 120.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 84.

⁶ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 7.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Processo civil e processo penal: mão e contramão?** Temas de direito processual - sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 206.

A busca pela verdade faz parte de um vasto campo de pesquisa, sendo teorizado por religiões, filósofos, ideologias políticas e, cada vez mais, no mundo jurídico. Portanto, seu conceito não é absoluto, incontroverso, tampouco é desprovido das distorções da visão subjetiva de seu observador, como observou Nietzsche⁸ em sua crítica. Essa busca recebeu, pois, significações diversas a depender do tempo e espaço, bem como se há, de fato, a possibilidade de se alcançá-lo e o seu fim perquirido.

No entanto, a busca pela verdade no processo não seria distinta da buscada nas demais ciências, ocorre que, por estar condicionada a pressupostos igualmente relevantes, essa busca pode ser limitada em certa medida, o que não implica o esforço para estabelecer uma adequada concepção da verdade, um valor relevante em um Estado Democrático de Direito.

Logo, pressupor a possibilidade do conhecimento, a partir de técnicas epistêmicas e um olhar crítico acerca do conhecimento humano, requer a adoção de premissas, aqui pontuando a teoria da correspondência, que parte da análise do enunciado fático e sua coerente reconstrução, sendo de fato verdadeira caso reflita aproximadamente aquilo que realmente ocorreu.⁹

Quando se observa o valor da verdade e o sentido de uma decisão justa por um magistrado, compreende-se que a correta aplicação do Direito pressupõe a análise dos fatos trazidos ao seu conhecimento lastreada sob fundamentos coerentes e racionais, se distanciando do mau uso de sua discricionariedade. Importa dizer, pois, que a decisão prolatada a partir das técnicas epistêmicas não obrigatoriamente corresponderá aos fatos tal qual ocorreram, mas se afastará da decisão baseada apenas na convicção do Magistrado, insuscetível de controle e correspondendo também ao critério de aceitabilidade pelas partes processuais e sociedade civil.

Assim, todo o percurso a ser trilhado até proferir uma sentença justa perpassa por condicionantes que asseguram direitos fundamentais do indivíduo, bem como procedimentos ordenados a fazer a adequada e aprofundada reconstrução dos fatos, sendo a valoração da

⁸ NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. **A gaia ciência**. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2017, p. 79. “Ó homens racionais, que se sentem encouraçados contra a paixão e a imaginação (...), vocês se chamam de realistas e dão a entender que o mundo é verdadeiramente como lhes parece; que são os únicos a ver a verdade se, o véu...”

⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Hechos y argumentos: la inferencia probatoria**. In: Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, México D.F.: Fontamara, 2013. p. 67.

prova o ponto fulcral para demonstração da verdade tal como ela é, e a decisão correspondendo à confirmação da proposição a partir do grau de suficiência exigido.

No processo penal, no qual nos ateremos no presente trabalho, a importância da verdade é patente, visto que é o ramo do Direito que implica a intervenção na liberdade do cidadão e é capaz de cercear seus direitos de forma transitória. Mas mais do que isso, é de extrema importância a preocupação do Magistrado enquanto ser falho, diante da impossibilidade de tempo e espaço ao tentar reconstruir os fatos narrados na inicial acusatória, bem como a falibilidade do convencimento humano, proferir uma decisão com base no arcabouço probatório contido nos autos e analisá-los segundo critérios racionais, buscando livrar-se das próprias convicções ou preferências eivados de preconceitos e inclinados a atingir uma cifra específica da sociedade.

A prova, nesse contexto, é a ponte entre o direito material e o direito processual, e é o elo capaz de levar o Juiz ao patamar mais próximo da verdade, acercando-se da hipótese fática que se afasta ou se aproxima da existência de dúvida acerca da responsabilidade penal do agente.

Cabe, portanto, para maior elucidação do tema e sua análise histórica, entender como o conceito de verdade foi aplicado no processo e suas vertentes doutrinárias, bem como o papel do Juiz nesta busca.

2.1 A (não) dicotomia entre verdade processual e verdade real

A partir do prisma que se enxerga a Teoria da Prova e Teoria do Processo, há o debate se a prova teria como finalidade a demonstração da verdade, ou se destinaria à formação do convencimento do juiz. Para parte da doutrina que enxerga a finalidade da prova enquanto reveladora do espírito do julgador, o fim do processo seria a pacificação social, e, nesta senda, não haveria que se falar na busca da verdade absoluta, pois esta seria inatingível e acabaria por aniquilar direitos e garantias fundamentais. Assim, o que se poderia alcançar seria apenas uma verdade aproximativa.

Em outra vertente, a verdade deveria orientar a atuação processual para buscar minimizar os erros em juízo. Essa busca, ao longo da história, porém, mostrou-se contrária ao respeito a garantias e direitos fundamentais, pois ir em busca da verdade significou, durante a Idade Média e nos regimes totalitários subsequentes, a prática de tortura almejando a confissão, julgamentos sem a devida publicidade, magistrados com amplos poderes -

assemelhando-se a um papel divino de acusador e ocorrência das provas tarifadas e das ordálias.

Ocorre que, estando ancorado em um Estado democrático de direito e amparado em um sistema acusatório, orientar-se pela verdade aproximativa dos fatos respeitando as condicionantes processuais é um horizonte no qual é possível alcançar. É nesse contexto em que se manifestou a distinção entre verdade processual (formal) e verdade real (material) e as demais interpretações sobre os modelos processuais.

Para Aury Lopes¹⁰, afastar-se do ranço inquisitório e lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição requer a mudança de perspectiva no lugar que a verdade ocupa no processo penal. Afinal, explica o autor, se no modelo inquisitório a verdade seria fundante e legitimaria o poder estatal, no sistema acusatório ela seria contingencial.

Assim, o devido processo, a partir do ritual judiciário, conduziria as partes à reconstrução histórica na qual se desenvolverá a partir dos discursos, sendo cada narrativa um fragmento da história que será levado ao Juiz para a sua captura psíquica.¹¹

No sentido de função persuasiva da prova e recognitiva da atividade do juiz, o processo seria a eleição e seleção de hipóteses, no qual caberia ao juiz acolher a mais provável¹², assumindo a sentença o caráter de um ato de convencimento. Admite-se, pois, a verdade enquanto correspondência, mas não como missão¹³. Por isso, se distanciaria de uma crença artilosa na *verdade real ou substancial*, situando-se na probabilidade, possibilidade ou, ainda, propensão, pautada em uma verdade contingencial construída nos limites do contraditório e o devido processo legal.

Em síntese, o pensamento delineado por Aury Lopes é de que discutir a possibilidade da busca da verdade substancial é voltar-se ao modelo inquisitório, em que seria legitimada a atuação estatal de maneira ilimitada e autoritária em nome do interesse público, tendo como ator central do processo o juiz inquisidor, que assumindo o papel de acusador, obteria as provas necessárias a partir da lógica “os fins justificam os meios” para alcançar o propósito ingênuo da reconstrução de um fato passado.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 392.

¹¹ *Ibidem.*, p. 391.

¹² CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, v. 2, 2000. p.7.

¹³ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 392.

Entretanto, ao utilizar o termo verdade processual - o qual também não está isento de críticas pelo autor - estaria-se compreendendo o sistema acusatório, no qual haveria hipóteses fáticas condicionadas pelo respeito ao devido processo e as garantias de defesa.¹⁴ Sem embargo, a proposta para a efetiva construção do sistema acusatório não seria a busca da verdade formal - sendo a dicotomia desnecessária - mas sim o deslocamento da verdade enquanto valor fundante de um processo, sendo legítima a decisão que segue a estrita observância das regras estruturantes, protegendo as partes do decisionismo judicial e do processo inquisitório, independente da sentença corresponder à verdade do fato passado.

Ferrajoli, um dos principais expoentes do modelo garantista, entende a doutrina substancialista – e a pretensa verdade material – enquanto aspirante de uma fundamentação racional e cognitiva da definição do delito *in abstracto* para permitir o maior controle intersubjetivo da decisão em concreto. Para ele, “o modelo iluminista da perfeita ‘correspondência’ entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo relativismo metafísico.”¹⁵ Porém, continua o autor, essa constatação não exclui o valor político e teórico desse modelo, que pode servir enquanto limite para o *controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos*, de modo que as garantias da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade são, também, garantias da verdade¹⁶.

Ao contrário, a doutrina formalista persegue, como fundamento de uma condenação, uma verdade processual, condicionada ao respeito pelos procedimentos e às garantias de defesa. O seu conteúdo informativo é, portanto, reduzido e a pretensa verdade é apenas a mais provável, prevalecendo a não culpabilidade em caso de dúvida na análise das provas colhidas de acordo com o rito previsto.¹⁷

Essencialmente, a distinção entre verdade processual e real se daria, segundo Taruffo¹⁸, a partir da impossibilidade ideológica de se alcançar a verdade no processo: enquanto a verdade processual seria acompanhada pelos procedimentos probatórios e suas limitações, a verdade material seria histórica, portanto, impossível de reconstruir-se.

¹⁴ No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 38 .

¹⁵ *Ibidem.*, p. 39.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 39.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 38.

¹⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 106-107.

Entretanto, continua o autor, as regras probatórias não levam, essencialmente, a uma verdade distinta da que ocorre fora do processo, havendo apenas um *déficit* na sua apuração diante das limitações cognitivas inerentes ao procedimento.

Sobre o tema, Badaró¹⁹ afirma ser caduca a utilização dessa divisão, pois ambas não se prestariam a ser verdades absolutas. O conhecimento da verdade absoluta seria inatingível, e essa crença de que o fim do processo penal seria atingir a verdade real, diferentemente do processo civil, permitiu a criação de um sistema processual inquisitório que concentraria poder ao julgador como justificativa de buscar a verdade por meios ilimitados. Nesse sentido, os limites epistemológicos podem e devem ser impostos se se procura um justo processo distinto de um vale-tudo e onde dificilmente haverá paridade de armas entre o órgão acusador e o banco do réu.

Para o processualista, esses limites epistemológicos decorreriam da impossibilidade do sujeito cognoscente obter a identidade absoluta do objeto a ser conhecido. Ou seja, a verdade existe e o seu conceito é absoluto, não havendo limites ou “graus” de verdade. Entretanto, o *conhecimento* da verdade é inatingível, pois depende de um interlocutor entre o que de fato ocorreu e o que se sabe do que ocorreu.

A premissa epistemológica, portanto, buscará *conhecer* a verdade enquanto um meio gradual, probabilístico e correspondente pois é inerente a limitação cognoscível da mente humana. Aliado a isso, “o processo como mecanismo cognitivo também está sujeito há limites legais e constitucionais que afetam a admissão e a produção da prova”²⁰, que resulta em um conhecimento condicionado dos fatos.

Destarte, essa classificação se mostraria somente enquanto um meio didático para, ao que parece, demonstrar que a verdade processual seria aquela a que se quer atingir estando em um modelo democrático de processo, em contrapartida, a verdade real seria impossível de ser descoberta, sendo uma busca ínsita a sistemas autoritários e inquisitoriais. Tal raciocínio não é estanque, pois perquirir a veracidade das alegações aduzidas em juízo é - ou deveria ser - premissa para qualquer tipo de sistema persecutório, já que, se cabe ao Estado-juiz aplicar as consequências previstas em lei do não cumprimento espontâneo da norma, a averiguação correta da verdade dos fatos seria condição que se impõe. Logo, nas palavras de Janaína

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 8. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RB-10.2.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019. *op. cit.*, p. 21.

Matida, “a averiguação correta dos fatos tem um papel estrutural nos ordenamentos jurídicos.”²¹

Superadas, de maneira introdutória, as motivações da distinção, faz-se necessário empreender esforços para, analisando as teorias que renunciam a possibilidade da verdade no processo, revigorar a importância de uma justiça penal comprometida com o valor da verdade e o respeito às regras do jogo, dissociando a sua busca do ranço inquisitório e atrocidades cometidas em seu nome.

2.2 A possibilidade de verdade no processo

Tratar da verdade no processo é um tema caro, embora por muito tempo negligenciado. Isso, pois, diante das análises extremistas em almejar ou a verdade absoluta ou um processo descompromissado com a verdade, a própria debilidade e falibilidade do conhecimento humano ao se deparar com a representação de um fato histórico posta em juízo põe a prova a possibilidade de se empregar métodos investigatórios para alcançar uma decisão justa, legítima e aceitável.

Assim, com razão, Ferrajoli afirma que “se uma justiça penal integralmente "com verdade" constitui uma utopia, uma justiça penal completamente "sem verdade" equivale a um sistema de arbitrariedade.”²² Então, considerar a dificuldade que um fato histórico venha a ser reconstruído por meio do processo e que a decisão deva fazer inferência às provas trazidas de maneira a ser aceita e controlável não prescinde a necessidade de se apurar a melhor hipótese. Sem essa preocupação, o resultado do processo se daria semelhante a um jogo de sorte ou azar.

Entender que a melhor hipótese pode ser apenas a mais provável, ou seja, sem se revestir de verdade absoluta, é que abre a possibilidade da decisão ser passível de controle por seus destinatários, podendo ser objeto de recursos. Esse é o desafio do processo: investigar um fato passado que implicou no descumprimento da norma e, durante o procedimento, lidar com os obstáculos epistemológicos para conhecer e decidir pela hipótese mais provável dentre as avaliadas.²³

²¹ MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova.** 2009. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 12.

²² FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 38.

²³ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p.14.

De maneira breve, segue a análise de posições contrárias ao papel da verdade no processo.

2.3 A (im)possibilidade do conhecimento da verdade processual

A impossibilidade do conhecimento da verdade no processo em razão da teoria do ceticismo deve-se à busca, por seus teóricos, do conhecimento absoluto e de verdades irrefutáveis. Assim, sendo indefensável se deparar com uma verdade absoluta - diante da debilidade intrínseca da cognição e da subjetividade humana - passa-se ao extremo oposto, onde haveria um obstáculo intransponível para alcançar um conhecimento aceitável e a determinação verdadeira dos fatos no processo.²⁴ Aqui se defende que essa inferência não é direta.

Segundo a corrente idealista, o conhecimento do mundo seria possível, mas seria evitado da subjetividade daquele que conhece, dependente das particularidades de cada sujeito. Nega-se, portanto, uma realidade objetiva e a possibilidade de se determinar verdadeiramente sobre os fenômenos externos.²⁵

Uma saída para defender esse controle da veracidade ou falsidade das afirmações se daria pela coerência dos discursos. Caberia ao magistrado, pois, partindo de um contexto externo, eleger uma melhor versão dos fatos e da prova, e a *verdade* decorreria dessa avaliação das narrativas para a construção da sentença. A questão se pauta na função persuasiva da prova e seus correspondentes fragmentos da história, interessando aos advogados o controle desses enunciados para melhor narrá-los com o fim de convencer o juiz à sua vitória processual.²⁶

No entanto, aceitar a coerência como critério permitiria enxergar o processo enquanto duelo arbitrário, sem paridade de armas entre os combatentes e sem o compromisso do vitorioso ser aquele que, de fato, possui a razão, já que o duelante age com o fim de criar um relato que beneficie apenas a si. O problema reside, portanto, na falta de controle e verificação desses discursos, bem como reside na falta de controle sobre a eleição desse discurso vencedor. Nesse sentido, TARUFFO²⁷ explica sobre o *adversary system* e sua ineficácia na busca da verdade.

²⁴ *Ibidem*, p. 18 e ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury, 2020, *op. cit.*, p. 391.

²⁷ TARUFFO, Michele, 2012, p. 133.

Essa concepção adversarial do processo, típico entre países com sistema jurídico *common law*, em síntese, sustenta um espaço livre para a resolução das controvérsias entre os advogados representantes das partes onde o juiz agiria para garantir o regular desenvolvimento da “partida”. A verdade não seria um dos objetivos do processo, visto que a sua busca poderia, inclusive, acentuar o conflito existente entre os sujeitos envolvidos. Não há, pois, relevância na veracidade porque apenas interessa, ao processo estruturado dessa forma, o resultado baseado na defesa mais eficaz diante das versões expostas e provadas conforme o desejo das partes.²⁸

Por sua vez, a teoria pragmatista alinha sua busca da verdade na medida de sua utilidade, ou seja, o objetivo seria a resolução do conflito e, se a busca da verdade se mostra contrária a isso, ela não será útil ao processo.

Nesse contexto, com razão assiste Janaína Matida ao dizer que as teorias idealistas e pragmatistas se deparam com a falta de racionalidade para a averiguação das alegações, pois estas dependem apenas de uma coerência interna entre as proposições elencadas²⁹.

Para Khaled³⁰, a tese que elenca a verdade enquanto correspondência deve ser superada, pois atribui ao juiz poderes e, por consequência, o protagonismo dentro do processo que o faz perseguir a possibilidade, ainda que de forma velada, da epistemologia inquisitória, isto é, a busca desmedida do conhecimento pautada na *ambição da verdade persecutória*, distanciando do modelo acusatório de processo. Dessa forma, as consequências de assumir a verdade como tal demonstram o esforço epistêmico para defender o “inconcebível”, sendo, segundo as palavras do autor, impossível “compreender sem agregar algo seu a tal compreensão, motivo pelo qual sustentamos que a verdade não é encontrada, mas analogicamente produzida.”³¹

A decisão seria o resultado, portanto, da “representância”³² das narrativas da história e o seu embate frente aos rastros de passado. Nesse sentido, os meios de acesso à história alcançam o posto de “lugar-tendência” e não de correspondência, visto que este impõe um obstáculo intrínseco de alcançar o que não é mais.

²⁸ *Ibidem*

²⁹ MATIDA, Janaína Roland. *op. cit.*, p. 24.

³⁰ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: Para além da ambição inquisitória**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 496 e ss.

³¹ *Ibidem*, p. 507.

³² *Ibidem*, p. 354-355.

2.4 A verdade enquanto correspondência

Advogar em favor da tarefa de conhecer implica a preocupação cognitiva e racional que o processo pode expressar a partir das provas postas em análise. A partir da premissa de que importa determinar-se corretamente sobre os fatos postos em juízo, o reconhecimento de que o ser humano será incapaz de apreender toda a verdade diante de suas limitações subjetivas não implicará na tentativa de subverter o fim do processo.

A teoria da correspondência, nessa medida, não nega a coerência das narrativas, que funcionaria enquanto recorte na reconstrução dos fatos, mas é imprescindível que os enunciados guardem correlação com a realidade. Nesse sentido, BADARÓ³³ aponta que:

no conceito de verdade como correspondência, não há que se cogitar de uma verdade aproximativa ou “graus” de verdade. As limitações, que realmente existem, são para atingir o conhecimento verdadeiro, e não a verdade em si. A verdade é, portanto, um conceito absoluto: ou há uma relação de correspondência, com identidade total, ou inexistente tal condição, não se podendo falar em verdade. Assim, o que se pode considerar como aproximativo, relativo, gradual ou probabilístico é o conhecimento dos fatos objetos do enunciado, e não a verdade dos fatos que compõem tal enunciado.

Portanto, entende-se que não se pode conhecer tudo e que a realidade pode se apreender de muitas formas. Dessa maneira, cabe ao procedimento probatório o trabalho com as evidências e escolha da hipótese racionalmente mais provável ou plausível. É preciso que essa hipótese acolhida pelo julgador tenha a favor de si elementos que corroboram a tese e a noção de *aceitabilidade*³⁴, ou seja, o raciocínio empreendido pelo julgador deve ser aceito ou compreensível por qualquer jurisdicionado.

Para que a verdade como correspondência equivalha a uma decisão justa e correta, é preciso que os fatos sejam estabelecidos corretamente, levando em consideração os elementos de prova relevantes e pertinentes. Não se trata de uma narrativa apenas coerente, mas uma decisão que se baseie em eventos que realmente ocorreram na situação empírica que deu ensejo à controvérsia judicial.³⁵

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2022, *op. cit.*, RB-10.2.

³⁴ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 29.

³⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2008. p. 28. (tradução nossa)

Ademais, se se parte da premissa de que a função processual consiste simplesmente na *dispute resolution*³⁶, o processo será concebido, certamente, como um instrumento, mas somente para a realização do escopo consistente em pôr fim à controvérsia, não se considerando relevante a qualidade da decisão que resolve a controvérsia. Entendendo que a decisão da controvérsia deve ser formulada em conformidade ao direito, passa-se a introduzir um requisito de qualidade que passa a ser objeto de valoração também em si mesma.³⁷

A falsa construção de fatos históricos impede, nesse ponto, a validade de uma decisão que compromete a justiça e a legalidade. Nesse sentido, Michele Taruffo:

Por um lado, de fato, é evidente que um sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se forem verdadeiros os fatos de que depende em concreto a existência daquele sujeito. [...] O ponto importante, entretanto, é que se não verificar o pressuposto de fato de que depende a aplicação da norma, essa não pode ser aplicada no caso concreto. Se, todavia, a norma for aplicada na ausência desse pressuposto, a decisão em questão será viciada e juridicamente equivocada. Isso equivale a dizer que a apuração da verdade dos fatos correspondentes ao assim chamado suporte fático abstrato regulado pela norma é uma *condição necessária para a correta aplicação da norma no caso concreto: a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão*. Por conseguinte, não só a verdade dos fatos não é irrelevante, como também (e ao contrário disso) condiciona e determina a correção jurídica da solução da controvérsia. Como comumente dito: nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados: como lembrou Bentham, a falsidade é a serva da injustiça.³⁸ (destaque nosso)

³⁶ É o espaço livre para a competição entre advogados que representam indivíduos, sendo a luta do particular para a defesa de seus bens. É a concepção adversarial do processo, em que a finalidade é a resolução dos conflitos.

³⁷ TARUFFO, Michele. 2012, *op. cit.*, p. 139.

³⁸ *Ibidem*, p. 140.

3 A ATIVIDADE PROBATÓRIA À LUZ DOS VALORES EPISTÊMICOS

Passada a análise da verdade e o lugar que ela ocupa dentro do processo, volta-se, agora, ao estudo da produção probatória tendo como base os fundamentos epistemológicos a fim de obter meios que reduzam ao máximo o risco de erro para se chegar a uma decisão justa.

O processo é o meio legitimador do exercício de poder punitivo estatal, mediante a verificação da veracidade dos fatos delituosos e posterior decisão pelo magistrado. É, pois, o meio pelo qual se dará a reconstrução dos fatos históricos “disciplinado por um conjunto de normas legais que dêem concretude a garantias asseguradas em convenções internacionais e nas Constituições dos Estados.”³⁹ A averiguação do fato que desrespeitou a lei será condicionada e limitada na admissão e produção da prova, o que sugere a adoção e o respeito de balizas que concretizam a ideia de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo.

A atividade probatória é, portanto, o meio pelo qual são oferecidos ao julgador conhecimentos fundados empírica e racionalmente acerca dos fatos da causa⁴⁰. A maneira na qual os fatos serão postos no processo depende de noções e métodos próprios das regras jurídicas processuais, estando alinhadas as escolhas legislativas aos mecanismos de incorporação das provas relevantes ao conhecimento da “melhor” verdade. Será formado, portanto, o acervo probatório objeto de análise que se servirá de estratégias para dimensionar o risco do erro entre as partes processuais - nesse sentido, o ônus da prova, os *standards* de prova, as presunções.

A formação desse acervo não é tarefa simples, porém uma condição para a admissibilidade da prova é a sua relevância. A justificção para esse critério é prática e se baseia na conexão lógica “entre o enunciado que expressa o resultado positivo esperado do meio de prova e um enunciado acerca da existência de um fato litigioso.”⁴¹ Disso se extrai que se trata de um pressuposto epistemológico, isto é, favorável à reconstrução racional do conhecimento, a adoção de um conjunto probatório mais amplo, com base na perspectiva da admissão de provas relevantes, para se obter uma correta reconstrução histórica.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019. *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ TARUFFO, Michele, 2008, *op. cit.*, p. 29. (tradução nossa)

⁴¹ *Ibidem*, p. 38,

Nesse sentido, conforme assevera Gustavo Badaró⁴² que “o processo é um instrumento gnosiológico inapto à descoberta da verdade absoluta ou objetiva. Além disso, o respeito aos direitos e garantias individuais, bem como a necessidade da observância de regras processuais na formação e valoração da prova, faz com que seja impossível atingir uma verdade absoluta.” A eleição, produção, valoração das provas servirão como instrumento para a confirmação ou não da hipótese delituosa, visando a verificação dos fatos históricos e concluindo pelo enunciado mais provável baseado no método indutivo.

Essa decisão, como já foi defendido no presente trabalho, é limitada por valores igualmente relevantes à busca pela verdade, pois legitimam a dignidade da pessoa humana e são condição para a prolação de uma sentença pautada na justiça. Destarte, a verdade é importante para o processo, mas apenas caminhar para essa pretensão não é tudo. Nessa esteira de valores institucionais, carregam também importância as chamadas garantias processuais, sendo essa correspondência de valores que distanciará a tese defendida acerca da verdade da usurpação de poder ocorrida na inquisição. O devido processo compreende, portanto, um funcionamento integrado.⁴³

Nesse contexto, observa-se que o devido processo legal e seu sistema integrado de corolários permitem a proteção do indivíduo acusado e da sociedade perante o poder estatal. É indispensável, portanto, de acordo com o que se pretende neste trabalho, verificar como essas condicionantes - valores práticos e ideológicos⁴⁴ - que regem o desenvolvimento do processo se portam diante da proposta de um modelo de epistemologia judiciária, que tem como pretensão a atividade decisória do juiz baseada em um correto juízo sobre os fatos.

Para isso, será transportada a nomenclatura utilizada por Gustavo Badaró e Janaína Matida, utilizando-se do critério trazido por Marina Gascón Abellán, para quem as garantias institucionais do processo são divididas em três categorias: *garantias institucionais epistemológicas* (positivas), *garantias institucionais não epistemológicas* (neutras) e *garantias institucionais contra epistemológicas* (negativas).⁴⁵

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 61.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 119.

⁴⁵ Vide: BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 23. E ainda em: MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 31.

3.1 Garantias processuais e sua relação com a epistemologia

As garantias processuais epistemologicamente positivas são assim denominadas pois irão ampliar o espectro fático e argumentativo para a busca da verdade no processo, atuando enquanto mecanismos facilitadores. Já as garantias neutras não influenciarão nesse escopo, na medida em que não se tornam obstáculo, tampouco influenciam na descoberta da verdade. Por outro lado, as epistemologicamente negativas serão garantias valiosas que ocorrerão durante o processo, mas agirão contra a vantagem cognitiva, ou seja, dificultando o conhecimento sobre o juízo de fato.

Assim, sendo a verdade apenas um dos propósitos do processo, há uma série de princípios e direitos que imprimirão exceções à preocupação epistemológica, o que não impede, contudo, o empenho de promover um modelo cognitivista, conforme evidencia Janaína Matida⁴⁶.

3.1.1 A imparcialidade do juiz

A imparcialidade processual constitui não apenas uma condição necessária para uma decisão justa, como também qualifica-se enquanto condição para uma apuração verdadeira dos fatos. Isso se mostra compreensível ao analisar que justa será a decisão proferida por um magistrado que se deparará com as provas de maneira objetiva, sem estabelecer interesses pessoais e os próprios pré-julgamentos, orientando-se a um escopo determinado. É necessário que seja, portanto, um ator desinteressado. O problema, porém, reside na atribuição - ou não - ao juiz da complementaridade instrutória.

Sobre o tema, a reforma do “Pacote Anticrime” de 2019 inseriu no Código de Processo Penal o artigo 3º-A, cuja redação vedava a iniciativa do juiz na fase investigativa, a substituição da atuação probatória do órgão de acusação e reforçava a estrutura acusatória do modelo processual. Ocorre, entretanto, que em virtude da concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIns nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. Fux, estaria suspensa a eficácia desse artigo, o que não nos impede a análise teórica do dispositivo.

Portanto, no que aqui nos interessa, o artigo 3º-A veda “toda e qualquer iniciativa probatória do juiz”, tese defendida por AURY LOPES, que explica essa proibição enquanto decorrente do conceito de sistema acusatório, onde é expressa a separação entre acusador e o

⁴⁶ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 31.

magistrado, ocupando seu papel de espectador das provas colhidas pelas partes. Caberia a ele somente esclarecer pontos trazidos pelas partes ou testemunhas, mas nunca ampliar o rol de questionamentos, bem como indicar provas a serem produzidas.⁴⁷ O desenrolar e gestão da prova cabe, portanto, apenas ao órgão acusador e à defesa - de maneira supletiva, cabendo ao juiz “conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes”.⁴⁸

No mesmo sentido, Khaled, ao defender que o juiz deve estar ciente do papel que desempenha no processo, rompendo com “mito da busca da verdade”. Nesse ponto, ele deve estar consciente que se deparará com uma hipótese inicial, mas que não buscará confirmá-la, cabendo a si analisar as evidências apresentadas pelas partes que se aproveitarão das chances processuais e se desincumbirão das cargas probatórias, não cabendo ao juiz a gestão da prova.⁴⁹

Não é a posição que aqui se defende. Já foi exposto que a relação entre modelo acusatório de processo e a preocupação de alinhar o processo à promoção de uma decisão justa a partir da sua correspondência com a verdade dos fatos não são dissonantes, visto que a busca pela verdade não seria o fim, mas o meio para uma correta decisão que seria condicionada por valores tão importantes quanto, como os direitos e garantias.

Assim, como assevera Taruffo, seria imparcial o juiz que agisse de modo objetivo orientando seu comportamento com o fim da apuração da verdade a partir das provas colhidas. Não negando a subjetividade inerente a qualquer sujeito, a racionalidade da apuração se daria a partir da análise da motivação de sua decisão, que deveria partir sempre da coerência do acervo probatório à sentença e sua correspondência com o fato delituoso. Não se estaria preocupado com a melhor decisão se as iniciativas instrutórias fossem monopólio das partes, pois seriam sujeitos parciais “que na maior parte dos casos são indiferentes em relação à descoberta da verdade”.⁵⁰

Na concepção de Badaró, “o ponto fulcral do problema está na compatibilidade ou não dos poderes instrutórios do juiz com um processo penal acusatório”⁵¹, tomando por base que um sistema que impede o poder instrutório do juiz pode ser considerado contra epistêmico. O autor leva em conta, ainda, que os sistemas processuais modernos conferem,

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury, 2020, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁹ KHALED JR, Salah H, 2013, *op. cit.*, p. 522.

⁵⁰ TARUFFO, Michele, 2012, *op. cit.*, p. 144.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 26 e ss.

em alguma medida, o poder instrutório ao magistrado e que a análise deveria partir, portanto, do estabelecimento dos limites ao exercício de tal poder.

De maneira muito acertada, o processualista constrói o raciocínio acerca da controvérsia diferenciando a atuação do juiz a partir da distinção entre fontes de prova e meios de prova. Para ele, o juiz que age como “pesquisador” compromete sua imparcialidade - pois já se considera psicologicamente comprometido com a tese investigada - entretanto, o juiz que pretende apenas instruir, tomando conta da notícia de um fato e determinação do meio de prova correspondente não age comprometido com uma hipótese formulada *a priori*. Em sua conclusão⁵²:

Quando já há a acusação formulada pela parte e o juiz se limitar a determinar a produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova já existente ou noticiada nos autos, que não foi obtida por sua própria investigação, ele não se transforma em um inquisidor.⁵³

De maneira a superar uma possível tentação inquisitiva, a atuação do magistrado deve ser supletiva à das partes, buscando, ao fim da instrução, acrescer elementos cuja notícia tenha sido auferida durante o processo e esta se mostre esclarecedora de um fato penalmente relevante. É imperioso, portanto, que os fatos objeto de prova já tenha sido demarcados pelas partes, bem como produzidas todas as provas requeridas para, de maneira subsidiária, ser possível a produção dos meios de prova pelo juiz, não obstante a necessidade da abertura de prazo para manifestação das partes, em respeito ao contraditório.

Exemplo dessa atuação supletiva é a previsão, no Código de Processo Penal pátrio, da possibilidade do juiz inquirir as testemunhas que julgar convenientes, além das indicadas pelas partes, ou a que alguma testemunha ouvida se referir.⁵⁴

A defesa dessa atuação instrutória do magistrado de maneira condicionada possibilita a garantia da imparcialidade e a adequação ao sistema acusatório, bem como exprime uma garantia processual comprometida com a ampliação do espectro epistemológico.

⁵² *Ibidem*, p. 31.

⁵³ Como explica Gustavo Badaró, (BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.30) o mesmo não ocorre, porém, na fase investigativa, onde a atuação do magistrado é impossível. Pois, tratando-se de fase preliminar onde não há imputação ou delimitação dos fatos objeto do processo, a atuação investigativa do juiz indicará, fatalmente, uma hipótese a ser perseguida, comprometendo-o psicologicamente.

⁵⁴ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

3.1.2 O contraditório

O contraditório é uma garantia constitucionalmente prevista que busca valorizar a igualdade entre os litigantes, garantindo que ambos possam ser informados das alegações apresentadas pela parte contrária, bem como possuírem oportunidades e instrumentos aptos à defesa de seus direitos.

No processo penal, o indivíduo possui direito à informação desde o início da persecução, não sendo suficiente apenas a citação válida da parte, diferente do que ocorre em outros ramos do direito, se mostrando necessário que o acusado, efetivamente, possa interferir no percurso processual - diante da indisponibilidade dos interesses em conflito - de maneira tal que “reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do indivíduo enredado na *persecutio criminis*.”⁵⁵

Assim, para Tucci, o contraditório garante o direito à defesa do acusado através de sua defesa técnica, desenvolvido por quem possui capacidade postulatória, mas também abrange a autodefesa, consubstanciada na atuação do imputado⁵⁶.

Ainda segundo o autor, essa garantia permite o:

denominado *princípio de justiça* e se justifica pela inafastabilidade do estabelecimento de paridade de armas entre os sujeitos parciais do procedimento penal, de sorte a determinar-se, conseqüentemente, o mais perfeito equilíbrio entre as suas atuações na *persecutio criminis*.⁵⁷

A dialética das partes é fundamental para o exercício da jurisdição, e o respeito a esta garantia permite a oportunidade de tomar ciência e manifestar-se dos atos processuais concernentes à imputação. No que se refere à preocupação epistemológica e o interesse da verdade, a comunicação decorrente desse direito impõe um procedimento à instrução probatória implicando no livre debate acerca do acervo probatório existente, bem como propiciando recursos paralelos para o oferecimento de novas provas, enriquecendo os “fragmentos de história”, confirmando e refutando provas que asseveram seu posicionamento e ampliando o conhecimento do juiz sobre os fatos, o que influenciará no seu convencimento ao proferir a sentença.⁵⁸

⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 181.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 185.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 189

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019. *op. cit.*, p. 38.

Nesse sentido, de forma acertada, Badaró⁵⁹ nos remete a CALAMANDREI, que indica o contraditório enquanto um meio:

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

Noutra dimensão, também indissociável para a compreensão dessa garantia, aliada ao direito à informação e à manifestação, tem-se o contraditório com direito de influência - intimamente ligado ao princípio da vedação à decisão surpresa - pois passa a reger a relação entre o juiz e as partes como uma via de mão dupla, fazendo com que também o magistrado passe a entender o contraditório enquanto *princípio político da participação democrática*, assegurando aos outros atores processuais a possibilidade de eficazmente influenciá-lo nas decisões judiciais.⁶⁰

Ademais, paralelamente ao direito ao contraditório, tem-se, como exposto no tópico anterior, o direito à prova das partes - caracterizando “um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo”⁶¹. A ligação presente entre essas garantias permite a constatação de que a atividade probatória deve ser exercida, prioritariamente, pelas partes e que a fonte de cognição do processo deve partir, exclusivamente, dos meios de prova produzidos em contraditório.

Trata-se, portanto, de uma garantia processual comprometida com a ampliação do espectro epistemológico, por enriquecer a marcha processual com mais fontes para a reconstrução histórica dos fatos.

3.1.3 Presunção de inocência

Trata-se de pressuposto para as demais garantias processuais, pois é a partir dele que se reconhecerá o acusado enquanto sujeito detentor de direitos. A ele, portanto, são assegurados a ampla defesa, o direito de produzir provas, o direito de não ter contra si provas obtidas ilegalmente e, principalmente, o direito de permanecer calado, pois é presumidamente inocente. O sujeito a quem se imputa o delito não é, de maneira compulsória, mais um meio de prova para a busca da verdade. Não poderá ser extorquido ou

⁵⁹ CALAMANDREI, 1965. v. I. p. 682, apud BADARÓ, 2019. *op. cit.*, p. 38.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541.

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 43.

torturado para a obtenção de respostas aptas a sentenciar seu futuro, sendo ônus da acusação fornecer provas à imputação.⁶²

Essa garantia rege, ainda, o comportamento processual que o juiz deve tomar ao se deparar com a dúvida acerca do fato imputado ao indivíduo, constituindo a regra de julgamento *in dubio pro reo*. Ao analisar o tema, Gustavo Badaró expõe a presunção de inocência enquanto um valor axiológico, tratando-se de uma escolha política no campo penal, pois toma-se como premissa de que “é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente”.⁶³

Destarte, figurando uma garantia que preleciona um freio ao abuso do poder Estatal frente ao acusado e assegura, por exemplo, o seu direito ao silêncio, a presunção de inocência é uma garantia contra epistemológica. E assim o é, pois não cabe ao acusado a colaboração com a descoberta da verdade, sendo esse dever integral da acusação. A sua preservação, portanto, está amparada, como dito, por valores axiológicos que disciplinam a finalidade do processo penal e a verificação da imputação do fato delituoso: “a presunção de inocência garante que, para a prolação de uma sentença condenatória, será necessário provar a culpa do acusado”.

3.1.4 A razoável duração do processo

Essa garantia, inserida após a Emenda Constitucional 45 de 2004, prevê que sejam assegurados meios que garantam a celeridade da prestação jurisdicional, sem, com isso, ultrapassar todas as formas previstas nos procedimentos processuais que existem para promover um processo justo, sem impedir que o imputado possa exercer todos os seus direitos em nome de uma “aceleração antigarantista”⁶⁴. Compatibilizar, portanto, o processo ao seu prazo razoável não pode dar azo ao descumprimento de direitos igualmente relevantes, como o direito de defesa.

Abrem-se, portanto, dois extremos, em que o ideal será sempre a busca pelo equilíbrio entre ambos. Inicialmente, tem-se que, sendo o processo penal a análise de um fato delituoso ocorrido no tempo passado, quanto mais a sentença for célere, melhor será a obtenção das provas, sejam perícias, relatos de testemunhas ou interrogatório. O terreno mais “fresco” será, pois, mais útil. De outra forma, um procedimento sumaríssimo é capaz de

⁶² *Ibidem*, p. 44.

⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 59.

violar direitos, sendo necessário o respeito aos prazos e formas previstas. Não se pode permitir, entretanto, que o desenrolar processual seja moroso por dilações desnecessárias, devido a sua carga inerentemente sancionatória.

A partir desse contexto, pode-se considerar que a razoável duração do processo corrobora para a obtenção do conhecimento da verdade, porque preleciona que o contato com as provas de forma mais diligente poderá fornecer melhores informações acerca do fato objeto do processo, bem como a adequação a um processo que respeita às formas previstas para os atos processuais propicia uma melhor construção do acervo probatório ao permitir a defesa do acusado e os seus meios inerentes, bem como o respeito ao contraditório. A instrução poderá ser considerada, portanto, de melhor qualidade, pois houve tempo necessário para a sua formação.

Cuida-se, pois, de uma garantia que contribui com a perspectiva epistemológica.

3.1.5 O duplo grau de jurisdição

A garantia do duplo grau de jurisdição é um mecanismo de controle que possibilita revisitar a sentença de mérito prolatada por órgão jurisdicional diverso, havendo uma prevalência dessa nova decisão. O meio pelo qual se pode atingir um novo veredicto é por meio do recurso, sendo frequente o uso da apelação.

O direito ao recurso, disciplinado de forma diversa em cada sistema legal, é previsto na Constituição Federal de 1988 enquanto princípio implícito no art. 5º, XXXV,⁶⁵ ao disciplinar que o Poder Judiciário não excluirá a apreciação de lesão ou ameaça a direito, ainda que essa lesão parta do próprio Estado. Também é expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, em que se é assegurado o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”⁶⁶ e ainda no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, nº 5, disciplinando que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”⁶⁷

⁶⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.

⁶⁶ Artigo 8.2h. BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.

⁶⁷ BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.

Ao trabalhar o assunto, Badaró⁶⁸ assevera que a previsão feita pela CADH possibilita a revisão de todo o conteúdo probatório por se dar através de um meio de impugnação de sentença amplo, assim, permite a revisitação “sobre as questões de fato” e conseqüentemente, nova valoração do acervo probatório. Ao possibilitar esse controle intersubjetivo da sentença e a nova valoração das provas, “o direito ao duplo grau é um potente mecanismo epistêmico, que favorece um correto juízo de fato como condição para decisão justa”, sendo um reexame da decisão proferida e buscando, ao menos supostamente, diminuir os erros para proferir o resultado final, ainda mais porque o segundo grau de jurisdição brasileiro é colegiado, havendo a análise por um órgão plúrimo.

Ainda sobre a possibilidade de revisão da sentença, esse mecanismo “colabora para que a decisão seja tomada com base em métodos racionais de valoração da prova”, tendendo ao magistrado de 1º grau ser mais cuidadoso, caso deseje que sua decisão seja compreendida e acolhida pelo colegiado se vir a ser instado a manifestar-se.

Por fim, sem pretender exaurir os questionamentos sobre o tema, sob o ponto de vista epistêmico, é acertado que o regime recursal preveja a possibilidade de apelação pelo Ministério Público em sentenças absolutórias, posto que inadmitir esse reexame implica tornar imutável uma absolvição equivocada, “impedindo um melhor juízo de fato como condição para a decisão justa, adotando uma solução claramente antiepistêmica”.⁶⁹

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

4 A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Após o processo de conformação dos elementos probatórios, que ocorre a partir da participação instrutória das partes e do juiz - este de forma subsidiária, a análise da relevância e o juízo de inclusão ou exclusão da prova, bem como o exame dos fatos que prescindem do ato instrutório, “inicia-se o momento cognitivo por excelência: a valoração das provas”.⁷⁰ É chegada a hora, portanto, em que o juiz irá valorar o acervo probatório, realizado em contraditório, requerido pelas partes e por ele admitido mediante critérios racionais, e não mais regras estritamente legais.

Conforme Michele Taruffo⁷¹, “a valoração da prova tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou a falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio”. Um enunciado estará provado, portanto, se, ao analisar as provas, essa concluir pela sua veracidade, do mesmo modo o inverso. Continua o autor aduzindo que, ao passo de se chegar a uma sentença e a cognição do “sim ou não” sobre a verdade dos fatos, a prova que demonstra a falsidade do enunciado ou a falta de prova suficiente para atestar a sua veracidade são correspondentes.

Os critérios racionais necessários para essa fase processual não constituem uma inferência automática, pois, para os defensores das teses adversariais e da crença do processo enquanto meio de resolução de conflitos, a premissa para a decisão será diferente, qual seja: analisar a persuasão de cada prova apresentada pelas partes e a captura psíquica do magistrado. Importante, portanto, a apreensão desses critérios para melhor ciência do papel jurisdicional nessa fase e, conseqüentemente, melhor controle de seus atos. Tal questão será analisada em tópico subsequente. Sobre o tema, a processualista Janaína Matida: “percebe-se, portanto, que a valoração busca a hipótese *mais provável*, a partir das provas eficazes na sua corroboração. É isso o que se espera da fase de avaliação das provas.”⁷²

Nesse contexto, como explica Badaró, analisando a valoração da prova para além da verificação do enunciado fático, tem-se a premissa de que o juiz analise todas as provas constantes no acervo e passe a valorar tanto as provas que deem suporte à veracidade da imputação, quanto as que refutem essa hipótese.⁷³ Disso decorre que o juiz não pode utilizar as provas produzidas para confirmar uma tese já eleita, estando alheio às provas que vão de

⁷⁰ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 67.

⁷¹ TARUFFO, Michele, 2008, *op. cit.*, p. 132. (tradução nossa)

⁷² MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 69.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019. *op. cit.*, p. 201.

encontro e são contrárias a ela, sendo uma preocupação epistêmica poder controlar a subjetividade cognitiva do magistrado a partir do exame de cada meio de prova isoladamente e após, considerando a coerência, em seu conjunto.

Ao passo de concorrer hipóteses alternativas, parte-se ao desafio de escolher a narrativa de acordo com a probabilidade lógica e os respectivos métodos de valoração, ponto que será melhor abordado *a posteriori*.

Entretanto, propor um sistema de avaliação probatória pautada em métodos racionais a partir da realização de objetivos epistêmicos nem sempre foi a regra, que se diferenciou a partir dos sistemas processuais e sistemas de valoração de prova ao longo da história. No tempo das ordálias, por exemplo, as provas não recaíam sobre os fatos, “mas sobre as intenções, pensamento, imaginação”⁷⁴, então, diante desse contexto, não havia a diferenciação entre Estado e Igreja, crime e pecado, sanção e penitência.

Os exemplos de “prova” para purgar o pecado do delinquente dependiam da vontade divina, e passar pela penitência proposta com vida significaria a inocência ou culpa do indivíduo. Não havia, portanto, nenhuma preocupação em atuar conforme o juízo dos fatos, nem em formar o acervo probatório e valorá-los a partir da análise de correspondência dos enunciados e as provas colhidas. Tratou-se de um processo pautado no sobrenatural.

Em um outro contexto, a partir da separação entre Estado e Igreja e a necessidade de combater a liberdade e o arbítrio do juiz, o sistema da prova legal ou tarifada atribui à lei a tarefa de valorar os elementos probatórios. É um método, dessa forma, inalterável e que independe do convencimento e análise do juiz, cabendo a ele a aplicação de valores quantitativos prefixados a cada prova hierarquicamente estabelecida. Para Taruffo⁷⁵, esse sistema possui valores positivistas e busca reduzir a subjetividade do magistrado a fim de eliminar, com isso, as provas irracionais típicas do tempo das Ordálias.

Esse sistema é o reflexo de uma cultura jurídica formalista e classificatória a partir da doutrina dos juristas medievais, que se preocupa em formar “critérios racionais de valoração da prova”. Essa codificação trouxe a importância do “fenômeno normativo”. Continua o processualista, ao concluir que a prova tarifada desempenha sua função simplificadora, pois

⁷⁴ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Editorial Trotta, S.A., 2011. p. 388-394. (tradução nossa)

“elimina o problema do juízo sobre os fatos”, “reduzindo as margens da variedade subjetiva”.

Nesse regime:

havia uma rígida hierarquia entre os diversos meios de prova, do ponto de vista da sua eficácia para o convencimento judicial, preestabelecendo o peso ou valor que cada um deles teria no momento da decisão, dividindo-as em prova plena, prova semiplena, quarto de prova etc.⁷⁶

Ao não garantir que dessa formalização possa derivar generalizações e que o resultado dessa valoração não possua relação alguma com a situação probatória do caso concreto, já que, por exemplo, “a confissão era definida como a *regina probationum*”⁷⁷, possuindo valor probatório máximo, e porque estava predeterminada a produzir uma verdade absoluta a partir de um juízo estritamente normativo definido previamente e de modo abstrato, tem-se que a prova legal não é racional.

4.1 Da prova tarifada ao livre convencimento motivado

O princípio da íntima convicção “surge como uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada”⁷⁸, reflexo do pensamento iluminista, para livrar-se do sistema prefixado do sistema de prova legal em que desembocou no extremo oposto, onde, na íntima convicção do magistrado, ele poderia valorar a prova livremente, sem qualquer controle racional sobre essa atividade. O livre convencimento, como destaca Badaró, “não era, portanto, um critério positivo de decisão sobre a verdade, mas um critério alternativo à prova legal, que pré-estabelecia o que era suficiente e necessário para determinar a condenação e a pena”.⁷⁹

Notório perceber que essa valoração calhou no excesso de discricionariedade, “em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão.”⁸⁰ Assim, o que era para ser uma garantia de liberdade, passou a ser um instrumento de arbítrio⁸¹.

Estar livre para decidir, sem vincular-se “a um resultado previamente normatizado é apenas uma condição necessária para uma correta determinação dos fatos, nunca sendo-lhe

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 205.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 205.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 420.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 420.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 209.

suficiente”⁸². Desse modo, o método de valoração passou a se desvencilhar de qualquer concepção de racionalidade - ao menos tentada no sistema de prova legal -, e a única base de apoio para um juízo sobre os fatos seria, portanto, debruçar-se sobre as provas colhidas em uma espécie de misticismo e subjetivismo exacerbado.

Assim, esse vazio de normatividade decorrente da íntima convicção pode resultar, para Taruffo⁸³, como sendo positivo se levar-se em conta a possibilidade de adequar-se aos variados contextos culturais, atendendo aos critérios de valoração das provas correspondente à ética do local onde será proferida a decisão. Em outra perspectiva, esse vazio demonstra a dificuldade em se obter critérios racionais adequados, devido a sua relatividade e generalidade. Portanto, essa liberdade concedida ao magistrado passa a:

abrir caminho ao subjetivismo de uma intuição irracional como instrumento para a formulação de um juízo de fato. Em consequência, a valoração das provas é subtraída do domínio de qualquer racionalidade lógica, científica, ou de comum sentido, e se situa em um espaço ideal em que o único critério sobre o juízo é a falta de critérios.⁸⁴

Ao analisar o tema, Matida⁸⁵ o relaciona com a técnica da imediação, representada por um método de produção de prova em que o juiz, por estar em contato direto com a fonte, poderia ser capaz de esclarecer todos os pontos “soltos” ou contradições dos enunciados fáticos. Mas, ao contrário do que esse método propunha constituir, ele não se mostrou apto a ser um meio adequado para valorar as provas. Os defensores da íntima convicção, porém, entenderam que:

o fato de se estar frente a frente com a testemunha ou com a vítima foi interpretado como um momento extrasensorial, um contato direto, não com as alegações sobre os fatos (que é o que qualquer testemunha ou parte fornece), mas com os fatos mesmos. Imediação e verdade dos fatos, esta sucedânea daquela. A descoberta da verdade era uma atividade personalíssima e desde sempre, livre de qualquer tipo de controle; só o juiz manteve um contato direto com a verdade dos fatos, expressada pela forma de olhar, no correr das lágrimas, no apertar das mãos suadas pela aflição etc. [...] Ninguém pode entender melhor o caso concreto do que o juízo a quo.⁸⁶

A presença dessa incontornabilidade careceu da adoção de critérios que pudessem aferir o raciocínio empregado pelo juiz para a tomada de decisão, não bastando que sua atividade fosse tomada a partir da racionalidade, mas seria imperioso que as partes e, extrinsecamente, a sociedade pudessem submeter a sentença à sua verificação.

⁸² MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 73.

⁸³ TARUFFO, Michele, 2011, *op. cit.*, p. 397. (tradução nossa)

⁸⁴ TARUFFO, Michele, 2011, *op. cit.*, p. 398. (tradução nossa)

⁸⁵ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 74-76.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 75.

Desse contexto, cria-se a necessidade de uma valoração probatória a partir do método de livre convencimento motivado, capaz de possibilitar um método epistemológico que garante o controle e adota critérios racionais para a determinação da verdade dos fatos.

4.2 Métodos de valoração

Quanto ao método de valoração, Badaró nos ensina que “o vazio deixado pelo livre convencimento deve ser preenchido pela epistemologia, na qual se deve buscar o método adequado de valoração racional da prova”⁸⁷, pois só assim a atividade probatória cumprirá seu objetivo de perseguir a correta verificação dos fatos, bem como a atividade judicial poderá ser objeto de controle a partir dos fundamentos de sua decisão.

Assim como na tarefa analisada acerca da busca pela verdade e sua condição enquanto probabilidade, o processualista também enxerga, no campo da valoração da prova, que não há a pretensão de se atingir um conhecimento racional absoluto. O que se persegue, nesse sentido, são métodos prováveis para uma análise probatória cunhada em objetivos epistêmicos.

Badaró propõe, em sua tese, o exame das propostas de métodos probabilísticos que seriam: a) a probabilidade estatística; b) a probabilidade subjetiva; c) a probabilidade indutiva ou lógica⁸⁸, sendo essa última considerada a metodologia mais adequada para a formação do raciocínio judicial para grande parte dos juristas, na qual iremos limitar nossa atenção.

Na probabilidade indutiva, há “uma conjugação de eventos tem sempre uma probabilidade tão elevada quanto aquela menos provável dos outros conjuntos.”⁸⁹ E isso ocorre, pois é aplicado a esse raciocínio o “*method of eliminative reasoning*”, que significa que a probabilidade é baseada no nível de precisão entre os elementos de prova e a hipótese fática concreta e irrepitível. Será aceito como verdadeiro, portanto, um enunciado corroborado por uma prova admitida no processo com a qual seja vinculada a partir de um nexó lógico. No caso de se deparar com provas conflituosas, o problema será resolvido mediante valoração comparativa, prevalecendo a hipótese mais provável, respeitadas as balizas do *standard* probatório e ônus da prova.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 215.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 225.

Ao contrário, a probabilidade estatística se presta a demonstrar a frequência de um evento com base nessa classe geral de eventos, de forma abstrata. Por outro prisma, também ineficaz, a probabilidade subjetiva não comporta a resolução de situações complexas com a ligação de múltiplas hipóteses independentes e seus respectivos meios de prova, pois seu cálculo é realizado a partir de um grau de crença sobre certa hipótese.⁹⁰

O conhecimento através do raciocínio indutivo se dará, portanto, da prevalência de hipóteses em disputa e seu grau de conformação, almejando um resultado sólido e capaz de se opor às tentativas de falseamento. O modelo de inferência probatória mais aceito, nessa medida, é o desenvolvido por Stephen Edelston Toulmin, no qual, conforme analisa BADARÓ, propõe-se a linha argumentativa a partir da interação entre as pretensões, razões, garantias e apoio, acrescidos dos denominados qualificadores modais e das condições de refutação.⁹¹

De forma breve e sem esgotar as nomenclaturas e conceitos pertinentes à teoria, o esquema se dá da seguinte forma: há uma asserção formulada com a pretensão de ser aceita e ser tomada enquanto uma conclusão. Caso essa pretensão seja posta em dúvida, o sujeito que a formulou deverá fundamentá-la a partir de fatos que darão razão à assertiva.

Esse fundamento poderá ser aceito, mas caso não seja, a pretensão poderá ser atacada por meio da veracidade da razão que serviu como fundamento ou pela ausência de nexos existente entre a razão e a própria pretensão. Nesta segunda hipótese, não poderá o proponente aduzir novas razões, mas justificar o nexos arguido se valendo de novo elemento lógico “garantia”. E, novamente, se essa inferência é posta em prova, deverá o proponente oferecer um “apoio” ao argumento.

No caso concreto da atividade probatória no campo processual penal, para cada alegação realizada (pretensão), deverá haver um fundamento (razão) e as conseqüentes inferências - enquanto não haja a conclusão -, que farão o caminho lógico argumentativo para considerar a asserção verdadeira ou falsa.⁹²

Sobre o tema, para Janaína Matida, o método de valoração apto é o da corroboração de hipóteses, partindo da “confiabilidade” de uma proposição e sua inferência a outra a partir da lógica indutiva. Isso quer dizer que a falta de elementos probatórios não anula

⁹⁰ *Ibidem*, p. 216- 227.

⁹¹ *Ibidem*, p. 228.

⁹² *Ibidem*, p. 232.

automaticamente a correspondência de uma hipótese com a realidade, mas apenas que não se pode inferi-la a partir das provas produzidas. Essa inferência pode ser verídica, mas a insuficiência de provas não permite a constatação.⁹³

Continua a processualista afirmando ser essencial, para além de construir um raciocínio criterioso, cuidar da “credibilidade das provas” no sentido de construir premissas confiáveis. Após, o método de corroboração de hipóteses chegará ao seu objetivo, ao contrastar proposições concorrentes a partir das operações de “falseamento e refutação”. Neste preceito, não se pretende consagrar a certeza absoluta de uma hipótese, ainda que esteja amparada em largo apoio fático, pois hipótese diversa pode prever o mesmo resultado. A saída para a valoração, portanto, se justifica no “estado atual de conhecimento” que se tem a partir das provas, de forma que não se conclua por outro enunciado senão o constante na decisão.⁹⁴

Ademais, a tarefa de analisar racionalmente os elementos de prova requer, ainda, a demonstração do caminho percorrido pelo julgador. A ele compete o primado de um dos objetivos do processo, qual seja, a busca pela melhor verdade, e não às partes, que buscam uma decisão favorável aos seus interesses.

Ultrapassada a valoração do conjunto probatório a partir dos preceitos estabelecidos, passa-se à decisão do juiz. A questão sobre a decisão, que será detalhada a seguir, é tal que a alta probabilidade lógica não corresponde, necessariamente, a que o grau de confirmação foi atingido satisfatoriamente para que a hipótese fática reste provada no processo.

Badaró entende o contexto no sentido de que a redução da subjetividade e o controle epistêmico da decisão, para além da orientação racional de valoração, depende da adoção de critérios objetivos que definam se o “suporte probatório atingiu ou não o *standard* de prova aplicável ao caso”.⁹⁵

⁹³ MATIDA, Janáina Roland, 2009, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁴ MATIDA, Janáina Roland, 2009, *op. cit.*, p. 79-81.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2019, *op. cit.*, p. 236.

5 A DECISÃO E A IMPRESCINDIBILIDADE DA FIXAÇÃO DOS *STANDARDS* DE PROVA

Expostas as considerações e premissas firmadas no presente trabalho, quais sejam: perquirir a correta apuração dos fatos a partir da preocupação cognitiva e por meio da verdade enquanto correspondência; formar um acervo probatório amplo, respeitados os limites legais e garantias processuais, para obter conhecimentos relevantes e úteis acerca do fato litigioso e valorar as provas admitidas segundo os ditames racionais e métodos lógicos, passa-se ao “momento que corresponde à tomada de decisão”⁹⁶, ampliando a preocupação cognitiva e a pertinência de tais considerações a todas as decisões judiciais tomadas no processo. Conforme explica Jordi Ferrer-Beltrán:

valoração da prova terá permitido outorgar a cada uma das hipóteses em conflito um determinado grau de confirmação que nunca será igual à certeza absoluta. Dever-se-á decidir, agora, se a hipótese h pode ou não ser declarada provada com o grau de confirmação de que disponha.⁹⁷

Por conseguinte, a função da prova é oferecer ao julgador subsídios suficientes e confiáveis sobre a verdade dos fatos delituosos. Eis o momento e a tarefa de decidir, com os meios de prova constantes, sobre a veracidade ou falseamento dos enunciados trazidos pelas partes.⁹⁸

Para exercer a tomada de decisão e justificá-la segundo um procedimento argumentativo, o juiz terá que se valer de um procedimento que indicará se as provas constantes são suficientes para que se possa aceitar a alegação da acusação como provada. Para Fabiana Mascarenhas e Marcella Nardelli, “uma decisão que se quer por justa não pode se contentar com qualquer verdade fática, emanada do arbítrio do julgador, sob pena de transformar o direito subjetivo em um direito aleatório”⁹⁹, e, nesse ponto, a sentença será regulada, também, por uma “régua” que não se propõe a ser lógica, mas é fruto de uma decisão política do Estado Democrático.

Ademais, esse valor que guia os modelos de persecução penal contemporâneos, em especial os que se vinculam a um processo acusatório pertencente a um Estado democrático

⁹⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração racional da prova. 2ª ed. Editora Juspodivm. 2022. p. 70.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ TARUFFO, Michele, 2008, *op. cit.*, p. 131. (tradução nossa)

⁹⁹ MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função epistêmica do processo. **Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, p.147-166, jul./dez. 2018. p. 154.

de Direito, tem como basilar o fundamento cunhado por Voltaire ao dispor que “é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.

Nesse contexto, é importante compreender o que é e qual o *quantum* necessário para concluir pela hipótese acusatória. Do mesmo modo, será analisada a garantia processual da motivação das decisões judiciais, sendo mais uma forma de controle da atividade jurisdicional que assegurará a adoção de um processo penal cunhado segundo um modelo racional e epistemológico, pois passível de verificação, controlabilidade e guiado por uma premissa cognitiva de uma melhor determinação dos fatos em litígio.

5.1 *Standard* de prova como critério de decisão

Os *standards* probatórios, segundo Vinicius Vasconcelos, são “padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado”¹⁰⁰, sendo uma maneira pela qual o rigor das provas necessárias para a condenação de um acusado tenderá a diminuir as chances de considerar um fato como provado quando, na verdade, não ocorreu. Pois o sistema judicial brasileiro opta, como dito, por “evitar afirmar fatos falsos como verdadeiros.”¹⁰¹

À vista disso, Marcela Nardelli compreende que:

O que se pretende, a partir da idealização dos standards de prova, é estabelecer critérios ou regras aptas a servirem como parâmetros para o julgador, a fim de que seja capaz de discernir quando está autorizado a considerar provada uma das hipóteses em conflito.¹⁰²

As premissas desenvolvidas para a criação desse *standard*, embora não o definam, explicam o contexto no qual foram criadas. Nesse ponto, o princípio da presunção de inocência, garantia já estudada previamente, se destaca enquanto regra de tratamento, em que o réu deverá ser considerado inocente até que a acusação possa provar a sua hipótese, e, não havendo certeza desta, deverá o magistrado decidir pela absolvição.¹⁰³

Outrossim, sem dúvidas de que a decisão final do juiz necessita dessa demarcação de um *quantum* de prova para a condenação, o desenrolar processual se desenvolve a partir de decisões apriorísticas que também devem corresponder a um grau de suficiência probatória

¹⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n.2, 2020.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova.** 2017. Tese Doutorado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 170.

¹⁰³ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 89.

própria da fase em que se encontra. É nesse contexto que Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa desenvolvem a metáfora do salto com vara e do respectivo sarrafo: em cada fase processual, a estratégia consiste em posicionar o sarrafo e aumentá-lo à medida que a hipótese fática acusatória (saltador) consiga ultrapassá-lo com base no acervo probatório e no objetivo correspondente em cada decisão judicial. O sarrafo para a sentença, portanto, será maior que aquela decisão que determina a decretação da prisão preventiva.¹⁰⁴

A questão que se segue é: superado o estado de dúvida, quanto será necessário para que o acusado venha a ser condenado? Ou seja, qual é o grau de confirmação de que o julgador precisa dispor para a tomada da decisão? A escolha dessa baliza deve levar em consideração os valores que estão em jogo no processo e se darão mediante o nível “das inferências realizadas a partir da apreciação do conjunto de elementos probatórios fornecidos em juízo.”¹⁰⁵

O *standard* poderá seguir com estratégias jurídicas diferentes a depender do bem que se almeja tutelar. Nesse ponto, representam-se a partir do 1) *standard* da probabilidade lógica prevalecente e do 2) *standard* além de qualquer dúvida razoável. De forma breve, por estar afeto à lógica do processo civil, o *standard* da probabilidade lógica prevalecente não distribui os riscos da decisão, ou seja, “são igualmente ruins as situações de falsos positivos e falsos negativos, autor e réu suportam o mesmo risco acerca de uma eventual decisão equivocada.”¹⁰⁶

Assim sendo, a hipótese será provada se cumpridas as condições de que seja mais provável que as outras hipóteses ventiladas e que seja mais provável que sua negação. Para sua abordagem, o acervo probatório será analisado sob o ângulo atômico, ou seja, pela perspectiva de buscar falsear cada hipótese para analisar sua força probante, e sob o ângulo holístico, que pretende visualizar a coerência da narrativa global de cada parte, sendo importante parâmetro para o desempate entre narrativas. Nesse ponto, Janaína Matida, sustentando a imprescindibilidade da abordagem atômica nesse *standard*, explica que:

Não há qualquer preferência previamente determinada pelo ordenamento jurídico a se evitar um tipo de decisão equivocada em especial. *Mas mesmo admitindo-se a atribuição de um papel à coerência narrativa, não se diminui a preocupação que o processo, representado na figura do julgador, deve ter.* Frente às boas narrativas, ele

¹⁰⁴ MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de março de 2020.

¹⁰⁵ MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

não se exime de ter de buscar o maior grau possível de correspondência entre alegações e os fatos mesmos por meio das provas produzidas. Por isso, aqui se admite algum papel à abordagem holista, mas não se deixa de acentuar a preponderância do exame analítico das provas que corroboram os enunciados fáticos que compõem a hipótese nas suas individualidades. *A probabilidade lógica prevalecente ganha contornos mais apropriados ao método da corroboração de hipóteses quando a abordagem analítica assume seu protagonismo.* (destaque nosso)¹⁰⁷

O *standard* além de qualquer dúvida razoável, do qual cuidaremos daqui em diante, é mais rigoroso, o que faz com que “exista uma segurança no sentido de que serão evitados ao máximo casos em que se considere como provados fatos que, em realidade, não ocorreram”.¹⁰⁸ Além disso, tal rigor no processo penal se dá em virtude do “desequilíbrio subjacente à estrutura da relação processual nesse contexto, considerando a presença do Estado num dos pólos da relação, paralelamente à condição de fragilidade do acusado que se submete à ação penal.”¹⁰⁹

O que importa ser definido, neste ponto, é o quanto de suporte probatório será necessário para determinar o fato litigioso como provado. Outrossim, a superação desse referencial não implica a inexistência de dúvida, mas exige-se que

o fato adquira um certo grau de probabilidade que afaste a existência de qualquer dúvida que se mostre razoável sobre sua culpa, sendo esta entendida não como qualquer dúvida possível, mas como uma dúvida substancial surgindo sobre a prova.¹¹⁰

A falta de definição de seu conteúdo reverbera as críticas a esse *standard*, principalmente nas experiências iniciais dos Tribunais do Júri nos Estados Unidos¹¹¹, apontando-se, pois, que a “doutrina e jurisprudência estadunidenses apresentaram posicionamentos confusos e divergentes em muitos momentos”¹¹². E isso se deu, porque as construções das decisões estavam pautadas em pressupostos inteiramente subjetivos, direcionando sua aplicação ao convencimento consistente dos jurados. Por conseguinte, Vasconcellos se vale dos ensinamentos de Laudan para explicar que um “*standard* probatório adequado não depende da confiança subjetiva de alguém em uma hipótese; pelo contrário, o *standard* nos diz quando nossa confiança subjetiva está justificada”¹¹³

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 92.

¹⁰⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G., 2020, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2017, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁰ MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2018, *op. cit.*, p. 159.

¹¹¹ Caso emblemático: In re Winship, de 1970. vide VASCONCELLOS, Vinicius G., 2020, *op. cit.*, p. 11.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ LAUDAN, Larry. Truth, error, and criminal law. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 80, tradução livre. apud. VASCONCELLOS, Vinicius G., 2020, *op. cit.*, p. 12.

Em concordância, Badaró afirma que “a vagueza do conceito não permite estabelecer contornos minimamente controláveis para a discricionariedade do juiz nesse momento fundamental do juízo de fato”¹¹⁴. Destacada a fragilidade conceitual e pragmática do critério, não se pode voltar ao estado anterior de coisas que implica a deterioração de *standards* e discricionariedade das decisões judiciais, sendo necessário, portanto, buscar alternativas ao controle dessa atividade.

De início, propondo um novo enfoque ao “além de qualquer dúvida razoável”, deve-se ter em mente que esse *novo standard* não pode estar desconectado com o conjunto probatório, visto que “a decisão deve se fundar num método de corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida”¹¹⁵. A valoração, portanto, decorrerá do *grau de confirmação ou refutação* entre as hipóteses fáticas e as provas colhidas. E, nesse aspecto, continua o autor, “para que um *standard* de prova seja completo, deve exigir provas que suportem todos os fatos alegados pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes”¹¹⁶.

Como premissa, é preciso atentar-se à opção axiológica do legislador que infere a regra de presunção de inocência, e, nessa medida, consubstancia que o grau de confirmação para a hipótese defensiva é inferior ao grau de corroboração probatória da hipótese acusatória. Portanto, a hipótese da acusação é a única que deve ser verificada¹¹⁷, pois, servindo o processo penal *como instrumento para o exercício punitivo estatal*, só resta um objeto a ser provado: a imputação fática formulada¹¹⁸.

A acusação feita, entretanto, pode ser decomposta por um “conjunto de afirmações fáticas que precisam ser provadas individual e unitariamente”, portanto. “é perfeitamente possível que haja elementos que dão suporte a uma parte dos fatos afirmados pela acusação, estando outros aspectos fáticos não demonstrados”. Nesse sentido, continua Badaró:

Se todas as proposições fáticas em que se decompõe a imputação restarem provadas, o acusado será condenado. Se o acusado demonstrar que algum aspecto fático da imputação é falso, será absolvido. Mas também será absolvido, no caso de haver dúvida sobre qualquer elemento fático que integre a imputação.¹¹⁹

Feitas essas considerações, o padrão de julgamento proposto por Badaró e ao qual esse trabalho se filia pretende retomar a importância de verificação das provas aos fatos afirmados

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique., 2020, *op. cit.*, p. 250.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 253.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 255.

¹¹⁷ Nesse sentido, outra regra de tratamento: *in dubio pro reo*.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 258.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 259.

na imputação, bem como dispensa o uso de expressões “não escalonáveis” ou não mensuráveis - que dão vagueza ao critério analisado -, exigindo, portanto, uma elevada probabilidade lógica que decorre “da força de confirmação da hipótese imputada e da eliminação de hipóteses rivais”.

O *standard* de prova no processo penal deve mensurar, desse modo, “o grau de suporte que as provas dão à hipótese fática posta em julgamento”¹²⁰ havendo condenação apenas se:

- a) Há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e,
- b) Não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.

Compreendendo a vagueza do “*além da dúvida razoável*” e o sistema jurídico americano no qual foi criado, a partir do julgamento por jurados e a sua falta de dever de motivação, receio não há ao se constatar a necessidade de afastar a íntima convicção como critério de julgamento. Nesse sentido, ainda sem estar isento de críticas, o referido *standard* probatório se torna um caminho para a construção de aprimoramentos nos padrões de decisão e condenação, com o cuidado para que esse termo importado não seja uma justificativa retórica de decisionismos arbitrários.

O caminho mais seguro, parece, portanto, dispor de balizas que passem a controlar a intersubjetividade do magistrado. Assim, seja o parâmetro disposto por Badaró em sua hipótese de julgamento, seja o *BARD*¹²¹, para alcançar o fim que se pretende, o desenvolvimento de um patamar de julgamento, reforça-se o dever da verificação da hipótese acusatória em sua integralidade a partir de provas lícitamente produzidas e admitidas na medida de sua relevância, estando aptas aos testes de falseamento e refutação, e cuja tese defensiva não se mostre enquanto uma hipótese logicamente possível diante das provas.

Mais a mais, a fixação do *standard* será imprestável se não acompanhada da justificação atenta de cada afirmação fática. Portanto, considerada provada a hipótese acusatória ou não havendo a sua confirmação para o magistrado, conforme o padrão de julgamento adotado, é chegado o momento do julgador externar os motivos da sua decisão. Terá de indicar, portanto, “as operações intelectuais que empreendeu fazendo viável a possibilidade de controle e eventual reforma do que foi decidido”.¹²²

¹²⁰ *Ibidem*, p. 261.

¹²¹ Termo original para o além de toda dúvida razoável: Beyond a reasonable doubt.

¹²² MATIDA, Janaína Roland, 2009, *op. cit.*, p. 96.

5.2 Motivação judicial e o controle epistemológico

Superada a missão de firmar *standards* objetivos, o magistrado estará apto a motivar a sua decisão, permitindo que qualquer pessoa possa analisar a fundamentação em que se pauta e exercer sobre ela a *fiscalização da atividade valorativa*¹²³. Poder exercer o controle, nesta medida, é a garantia pela qual o jurisdicionado terá contra si uma sentença preocupada com a redução dos subjetivismos do magistrado e com a capacidade de se portar mediante a busca da verdade enquanto correspondência.

A motivação judicial é, ainda, uma garantia processual e um instrumento apto a legitimar a condenação final. Disso decorre que, ainda que “haja uma correta reconstrução histórica dos fatos, bem como seja realizada uma adequada atividade hermenêutica, o desrespeito às garantias constitucionais do processo fará com que o resultado seja injusto”.¹²⁴ Portanto, é “dever funcional inafastável do agente do Poder Judiciário - juiz ou tribunal - a motivação dos atos decisórios”.¹²⁵

É mediante a motivação, assevera Lauria Tucci:

que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüentemente e precipuamente, a conclusão atingida.¹²⁶

E isso ocorre, pois, a justiça da decisão não é legítima apenas por ter sido proferida por um juiz ou tribunal competente, mas assim o é, principalmente em regimes democráticos, em virtude de seu conteúdo, sendo consubstanciada enquanto garantia constitucional apenas após a edição da Carta Magna brasileira de 1988¹²⁷. Outrossim, cabe ao julgador a tarefa de realizar todas as operações intelectuais empreendidas ao longo do curso processual para que, ao final, possa demonstrar aos destinatários as razões de decidir. Essa garantia constitucional, portanto, desempenha uma finalidade intrínseca e extrínseca ao processo com base em uma exigência lógica.

A primeira é o propósito *técnico-processual*, e tem a função de indicar que “a motivação não é uma descrição do raciocínio judicial” ou do seu “*iter* psicológico seguido pelo juiz na confecção da decisão”. A motivação deve compreender, portanto, conforme

¹²³ MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2018, *op. cit.*, p. 163.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2009, *op. cit.*, p. 21-22.

¹²⁵ TUCCI, Rogério Lauria, 2004, *op. cit.*, p. 226.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 227.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 230.

Gustavo Badaró, o enunciado das escolhas do juiz com relação: à individualidade das normas aplicáveis; à análise dos fatos; à qualificação jurídica dos fatos; às consequências jurídicas desta qualificação e, por fim, os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.¹²⁸

Outra função endoprocessual é no campo da hierarquia funcional, relacionado à impugnação do ato decisório, ao “delimitar o conteúdo da vontade de seu pronunciante, e, conseqüentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido”.¹²⁹ Há, portanto, uma função e “caráter público, visto que permite ao próprio Estado o controle de sua atividade”.¹³⁰

Já a função extraprocessual, segundo destaca Tucci ao trazer Antônio Magalhães, é uma garantia política, o que

implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados ou os juízes superiores que irão apreciar eventuais impugnações, mas também a *opinião pública*, ou seja, o próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. Na democracia, como argutamente observou Ramat, a opinião pública é o *juiz natural* da magistratura.¹³¹

É uma exigência, portanto, que “confere transparência à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça”.¹³² Isso não significa, entretanto, que o julgador estará vinculado a satisfazer a opinião da sociedade, sendo, por vezes, necessário ao juiz ou ao tribunal a adoção de escolhas contramajoritárias em nome estrita legalidade e da preservação dos princípios e garantias fundamentais. Porém, a *opinião pública* também deverá ser destinatária da justificação do julgamento.

Portanto, depreende-se que a motivação judicial é uma garantia processual e também epistêmica. Nesse prisma, a valoração pelo magistrado deve ter correlação com a totalidade das provas admitidas no processo, externalizada de forma integral.¹³³ Cabe, pois, ao julgador *compartilhar as operações inferenciais que o levaram à hipótese vencedora*, bem como

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2009, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁹ TUCCI, Rogério Lauria, 2004, *op. cit.*, p. 228.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2009, *op. cit.*, p. 49.

¹³¹ ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. **A motivação das decisões penais**. São Paulo, RT, 2001. p. 79-80. apud TUCCI, Rogério Lauria, 2004, *op. cit.*, p. 229.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique, 2009, *op. cit.*, p. 49.

¹³³ MATIDA, Janaina Roland, 2009, *op. cit.*, p. 99.

*externalizar a insuficiência probatória da hipótese perdedora*¹³⁴, tendo como parâmetro a verificação de sua racionalidade, expondo os critérios e *standards* que foram aplicados.

Ademais, a sentença não pode revelar qualquer contradição ou perplexidade, tendo em vista que deverá ser compreensível aos seus destinatários, tampouco é admissível conter motivações implícitas, referenciais a outros processos ou outras instâncias do mesmo curso processual. Imprescindível, portanto, a manifestação expressa das razões e sua correlação com a proposição acusatória.¹³⁵

Para que se almeje um maior rigor e controle da atividade judicial, deve-se defender a obrigatoriedade de uma motivação alicerçada nas garantias epistemológicas e nos critérios racionais para toda a persecução penal, de modo que será por meio dessa postura que o magistrado poderá justificar suas decisões de maneira racional, valorando as provas a partir de padrões claros, objetivos e os expondo a partir de uma verificação analítica. Só assim, respeitadas as balizas constitucionais, a apuração correta dos fatos e os deveres do magistrado, poderá se alcançar um sistema democrático inspirado no valor da verdade e na legalidade da decisão.

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ TUCCI, Rogério Lauria, 2004, *op. cit.*, p. 236-238.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou situar a verdade enquanto valor basilar a ser perseguido no Ordenamento Jurídico pelos atores processuais, tendo em vista que se considerou ser pressuposto de uma decisão justa. Nesse aspecto, foi analisado o papel que a verdade desempenha em outras áreas do conhecimento, sendo controverso o seu conceito e a sua função, a depender do ângulo em que se pauta. No entanto, continuou-se a defender o esforço para estabelecer meios de perquirir a correta reconstrução das hipóteses fáticas lançadas ao juiz.

Essa premissa é importante, pois dela se inferiram as próximas análises. Assim, tomada a atividade judicial com um dos seus fins voltados à verdade, foi exposta a dicotomia que existe na doutrina para orientar uma possível separação entre os processos penais inquisitórios e acusatórios no que diz respeito à verdade processual e à verdade real. Concluiu-se pela inutilização dessa nomenclatura. Posteriormente, apresentaram-se posições contrárias à busca dessa verdade, seja pelo ceticismo de se alcançar esse fim, seja por considerar o processo enquanto um embate de narrativas, em que se pretende persuadir o julgador para acatar a sua versão dos fatos, o que não se aceitou.

Tendo tomado como referência epistêmica a verdade enquanto correspondência, entendeu-se que as limitações existem, pois são privilegiados valores também importantes para a construção de um devido processo, dificultando a descoberta da verdade. No entanto, isso não impede a construção e o manejo do procedimento probatório voltado a ampliar a admissão de provas relevantes que expressem a correlação entre o enunciado fático e o meio de prova requerido.

Ao passo que constituir um amplo conjunto probatório é uma medida comprometida com a ótica epistemológica, isto é, a busca do conhecimento pautada em premissas verdadeiras, a valoração probatória deverá ser condicionada ao exame de critérios racionais. É nessa fase processual que se avaliará a correspondência analítica entre a hipótese acusatória e todas as provas constantes dos autos; esse exame, portanto, se dará tanto àquelas provas que dão suporte à veracidade da imputação, quanto às que a refutam.

Para analisar o *quantum* de prova apta a corroborar uma condenação, estudaram-se as considerações sobre o *standard* de prova além de toda dúvida razoável, que se propõe a indicar um referencial no qual o fato irá adquirir um grau de probabilidade capaz de afastar a

dúvida sobre a culpabilidade do acusado. Entretanto, a vagueza no conceito reverberou em críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse ponto, foi exposta uma proposta de modelo de *standard* que tenha como objeto de verificação apenas a hipótese acusatória formulada, exigindo a elevada probabilidade da confirmação dessa imputação a partir de critérios lógicos, com a consequente eliminação das teses defensivas a partir das inferências probatórias. Entendeu-se, para tanto, que independente do padrão de julgamento adotado, a hipótese acusatória deve ser comprovada no processo a partir de provas que expliquem de maneira íntegra, coerente e pormenorizada cada elemento fático trazido na imputação.

Por fim, entendendo que a prova tarifada e a íntima convicção deram espaço para o livre convencimento motivado, reiterou-se a necessidade da motivação judicial enquanto garantia constitucional e meio pelo qual a atividade do magistrado poderá ser controlada, entendidas as suas perspectivas endo e extraprocessuais.

Dessa forma, restou clara a importância de uma filtragem epistêmica do processo penal, isto é, uma comunhão de esforços a fim de atingir os escopos de uma correta verificação dos fatos, bem como uma valoração lastreada de critérios lógicos e raciocínio indutivo. Só assim, no momento da decisão, o juiz poderá acolher ou refutar o enunciado acusatório por meio de suas razões que serão passíveis de controle. Portanto, somente com base nesses critérios, pode-se promover um processo justo.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 8. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Processo civil e processo penal: mão e contramão?** Temas de direito processual - sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.
- BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.
- BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.
- BARRETO, Tobias. **Fundamento do Direito de Punir**. In: *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, v. 2, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoración racional da prova**. 2ª ed. Editora Juspodivm. 2022.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: la inferencia probatoria. In: *Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, México D.F.: Fontamara, 2013.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: Para além da ambição inquisitoria**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. **Arquivos da resistência: Ensaio e anais do VII seminário Nacional do IBADPP**. ed. 1, ano 1. p. 93-110.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. 2009. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MATIDA, Janaína; NARDELLI, Mascarenhas Marcella; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemic-a?imprimir=1>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 28 março 2023.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função epistêmica do processo. **Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, p.147-166, jul./dez. 2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova**. 2017. Tese Doutorado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. **A gaia ciência**. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. 2003. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Oficina das Letras, 2012.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2008.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Editorial Trotta, S.A., 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n.2, 2020.