

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO**

**A VALORAÇÃO DA PROVA: ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR SOBRE
A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

RENAN DE SALLES POLIANO PEREIRA

Rio de Janeiro

2017/2

RENAN DE SALLES POLIANO PEREIRA

**A VALORAÇÃO DA PROVA: ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR SOBRE
A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

Rio de Janeiro

2017/2

RENAN DE SALLES POLIANO PEREIRA

**A VALORAÇÃO DA PROVA: ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR SOBRE A
CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**

COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DE MONOGRAFIA

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____ / _____ /2017.

NO DIA SUPRAMENCIONADO, A BANCA EXAMINADORA INTEGRADA PELOS PROFESSORES

_____,
_____,

E _____, REUNIU-SE PARA EXAMINAR A MONOGRAFIA
DE _____

_____ DRE: _____, INTITULADA _____

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO(A) ALUNO(A), ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS, POR EXAMINADOR:

	<i>Nota: Respeito à Forma (Até 2,0)</i>	<i>Nota: Apresentação Oral (Até 2,0)</i>	<i>Nota: Conteúdo (Até 5,0)</i>	<i>Nota: Atualidade e Relevância (Até 1,0)</i>	<i>Nota Total e Final</i>
<i>Prof. Orientador</i>					
<i>Prof. Membro 01</i>					
<i>Prof. Membro 02</i>					
<i>Média Final</i>	X ----- X				

PROF. ORIENTADOR: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 01: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 02: _____ NOTA: _____

MÉDIA FINAL: _____

SE A MÉDIA FINAL FOR 10,0 (DEZ), O TRABALHO RECEBE INDICAÇÃO
PARA O PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? () SIM () NÃO

RESUMO

O Presente trabalho, a partir de uma análise crítica do processo penal, com a devida delimitação de aspectos fundamentais da teoria da prova, busca tentar compreender como se dá o pensamento do juiz e as circunstâncias que o influem no tocante à valoração da prova. Para isso, será dado um enfoque transdisciplinar ao tema, em que se buscará entender, neste contexto específico, os elementos jurídicos, filosóficos, sociológicos, epistemológicos, psicológicos e psicanalíticos. Para além, a análise histórico-política se perfaz como elemento fundante da metodologia do trabalho, em que os conflitos são a única chave de compreensão dos discursos legitimantes no campo amplo das ciências criminais. Logo, esse estudo transdisciplinar buscará a verificação das contradições na construção da verdade através do processo penal.

Palavras-chave: prova; valoração; verdade.

ABSTRACT

The present work, based on a critical analysis of the criminal procedure, according to the proper delimitation of theory of evidence's fundamental aspects, intends to comprehend the judge's way of thinking and the circumstances related to the evidence's evaluation that influence him in this process. For this purpose, a transdisciplinary approach will be given to the subject, by which one will try to understand, in this specific context, the juridical, philosophical, sociological, epistemological, psychological and psychoanalytic elements. In addition, a historical-political analysis becomes a fundamental element of the work's methodology, in which conflicts are the only key to understanding legitimate discourses in the broad field of the criminal sciences. Therefore, this transdisciplinary study will seek the verification of contradictions in the construction of the truth through the criminal process.

Keywords: evidence, valuation, truth.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	09
2.	TEORIA DA PROVA	10
2.1	CONCEITO DE PROVA.....	10
2.2	PROVA E VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	11
2.3	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	17
2.4	CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E A GARANTIA DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	25
2.5	DISTINÇÃO ENTRE MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA	29
2.6	DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS.....	31
2.7	SISTEMAS PROCESSUAIS E GESTÃO DA PROVA.....	34
3.	DA VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL	40
3.1	ANÁLISE HISTÓRICA DOS MODELOS DE VALORAÇÃO DA PROVA	40
3.1.1	Sistema de provas tarifadas.....	41
3.1.2	Da íntima convicção.....	42
3.1.3	Do livre convencimento motivado.....	44
3.2	ENFOQUES DE ESTUDO DA VALORAÇÃO DA PROVA.....	47
3.2.1	Enfoque jurídico.....	47
3.2.2	Enfoque epistemológico ou gnosiológico.....	49
3.2.3	Enfoque psicológico e psicanalítico.....	53
3.2.4	Enfoque sociológico.....	61
4.	CONCLUSÃO	64
5.	BIBLIOGRAFIA	67

1. INTRODUÇÃO

De maneira breve, o presente trabalho, nos limites da pretensão e do acúmulo de um quase graduado, busca analisar, de maneira transdisciplinar, a construção da tão desejada verdade no âmbito do processo penal. A construção dessa verdade, dentro da nossa estrutura processual, pertence ao juiz, que, por lógica, deve ser convencido por meio das narrativas das partes interessadas sobre determinado fato. A grande questão, contudo, é como se dá o processo de convencimento do julgador.

Daí advém a importância da prova, que longe das simplificações dos manuais de processo, possui um complexo esquema conceitual do qual não há de se abrir mão dos outros campos da ciência. Por conseguinte, a verdade, como fim pretendido da prova, também vai muito além das concepções simplistas utilizadas cotidianamente na dogmática e na prática processual penal.

Partindo dessa premissa, vale destacar que, mais do que a busca por interdisciplinaridade, é necessária uma análise transdisciplinar do pensamento daquele a quem é dirigida a prova e que, de alguma forma, vai valorá-la. Isso porque, a problemática da valoração probatória, segundo FENOLL, encontra-se no pensamento do juiz e nas circunstâncias que o influenciam. Esses fenômenos subjetivos, por óbvio, ultrapassam os limites positivistas do estudo jurídico.

Para além, o presente trabalho busca trazer uma noção crítica de processo penal, que foge da noção de mera instrumentalidade com a função única de aplicação da norma penal. Ao revés, deve-se entender o processo como um campo aberto de intensos e constantes conflitos políticos, inseridos na ciência ampla que constitui o âmbito das ciências criminais. Portanto, não há como estudar processo sem entender os aspectos de poder que o permeiam.

Nesse sentido, compreender o atual patamar de racionalização em que a relação Estado/individuo se encontra é compreender a luta incessante que marca o funcionamento das instituições estatais. Por essa ótica, fica evidente que a marcha histórica não se resume em uma mera evolução cronológica do pensamento racional; ao contrário, ela se constitui da relação conflitiva entre poder e resistência, vista, sobretudo, na realidade material, dialeticamente conectada às formulações ideológicas.

A esse referencial teórico, oportunamente, soma-se o atual panorama da persecução penal no Brasil, com o surgimento de novos modelos de investigação penal e, conseqüentemente, da atividade probatória. Também não se pode deixar de lado o anseio punitivo, engendrado na cultura sociopolítica brasileira, que atinge tanto a opinião pública quanto os operadores do direito.

Nesse contexto de novos desafios à dogmática processual penal, surge o interesse de como o juiz, inserido nas relações conflituosas da institucionalidade, analisa e atribui valor às provas produzidas. No entanto, é imperativo mostrar que a valoração da prova, como momento distinto do da motivação, é permeada por regras jurídicas e não-jurídicas de coesão do discurso democrático do processo acusatório.

Portanto, antes de se adentrar aos tópicos que coadunam diversas disciplinas para o entendimento da valoração da prova, cabe mapear os limites de uma atuação racional da disciplina probatória. De início, mais do que necessário é trazer elementos importantes ao tema no que concerne à teoria da prova, para, após, focar nos campos de análise do pensamento do juiz.

2. TEORIA DA PROVA

2.1 Conceito de prova

Um processo penal em curso, tido como fenômeno do presente, busca invariavelmente uma definição concreta, justificada e obrigatória: os rumos da vida futura do acusado. Nesse pano de fundo temporal, a prova surge como instrumento de busca da decisão final que acarretará na liberdade ou não do sujeito que sofre a persecução penal, iniciada devido a fatos ocorridos no passado.

Em outras palavras, segundo LOPES JR., o processo penal “é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.”¹ As provas,

1 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 356.

portanto, são os meios de instruir o Juiz na sua função recognitiva, formando, assim, seu convencimento, que deverá ser descrito, fundamentadamente, na sentença. O Juiz, no estrito contexto do processo penal, é um ignorante - no sentido literal do termo - que buscará, mediante a produção de provas, o conhecimento possível do fato.

O termo “prova”, na linguagem científica ou na linguagem comum, possui uma natureza polissêmica. De acordo com o GOMES FILHO², distingue-se o vocábulo, de início, por três diferentes acepções: (i) como demonstração; (ii) como experimentação; (iii) como desafio. O primeiro significado decorre da finalidade de se utilizar determinado elemento como apto a demonstrar uma percepção de verdade sobre o fato; o segundo, assim, refere-se à verificabilidade, por meio de um exercício probatório, da hipótese inicial e; por último, a prova como desafio, capaz de superar outros elementos na construção da convicção do Juiz.

Vale salientar que, em sentido oposto à doutrina tradicional, LOPES JR., na esteira do lecionado por Franco Cordeiro, entende como equivocada a distinção entre prova direta e prova indireta³. Antes de adentrar ao entendimento de CORDEIRO, essencial à conceituação de prova, é válido crivar, sob o prisma de uma premissa básica, a importância da semiótica, que, assim como em outros pontos do presente trabalho, abraçará a imprescindível interdisciplinariedade nas ciências criminais.

A semiótica, mais abrangente que a linguística, é o estudo sobre os signos, os quais dispõem de duas faces: significante (o objeto em si) e significado (representação do objeto, conceituação). Dessa forma, em brevíssima síntese, a semiótica é o estudo da representação mental sobre determinado objeto em determinado conceito. Com relação às provas, essas seriam, então, signos de um específico fato passado, observando-se que:

As provas indiretas servem para, através dos equivalentes sensíveis, estabelecer se algo ocorreu. As provas são signos do fato que se quer conhecer, isto é, uma relação

2 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ editora, 2005. Pag. 305/306

3 Com exceção aos delitos que ocorrem em uma sala da audiência. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 357.

semiótica configurável de diversos modos, em que da correspondente análise surge a mais útil das classificações. (LOPES JR, 2016, 357).

Passado por esse ponto, tem-se que a prova, sobretudo no processo penal, é a fonte mediante a qual o Juiz se aproxima da reconstrução da verdade sobre um fato que já ocorreu. Todavia, o tema “verdade” sempre foi e ainda é objeto de inúmeras controvérsias, não podendo, por uma questão de evidente necessidade de limitação do poder, ser entendida de forma absoluta, una e desenhada do contexto em que se aplica. A verdade, portanto, como se demonstrará no próximo capítulo e em toda a construção teórica do presente trabalho, não será entendida como objetivo do processo penal. Assim, urge a necessidade de uma maior abstração sobre tal conceito.

2.2 Prova e verdade no processo penal

GOLDSHMIDT afirma que processo penal é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de determinada Constituição. Dentro desse âmbito, a busca da verdade pode ser considerada como um elemento caracterizador da opção política de um Estado, se interrelacionando entre os modelos inquisitório-autoritário e acusatório-democrático.⁴

A experiência histórica já confirmou, com muito sangue e sofrimento, que a busca de uma verdade passada, em sua perspectiva mais absoluta, deixou para trás tanto a eficiência da procura incessante quanto os postulados da cultura ocidental moderna, centrados na dignidade humana. Durante parte da idade média, o sistema inquisitório – que surgiu de uma necessidade de controle da Igreja Católica, para manutenção e aumento do âmbito de seu poder – transformou o acusado, no processo penal, em mero objeto de busca da verdade real, dirimindo a possibilidade de uma divisão fundamental entre acusador e julgador, impossibilitando, conseqüentemente, uma atuação imparcial daquela figura que representa o poder constituído.

Dessa forma, a estrutura de um sistema inquisitório depende, necessariamente, da busca de uma verdade real, pois o poder precisa, para se afirmar como soberano, operar uma resposta contundente àquele que supostamente o afronta. Esse modelo, sustentando por um interesse

⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons. 2014. Pag. 37

maior do que o que circunda o indivíduo, foi responsável pela criação de uma cultura inquisitiva.⁵

Essa necessidade de buscar uma verdade intransigente, sob a base de uma epistemologia vulgar, na Idade Média, foi importante para a afirmação do poder da doutrina cristã vigente, pois, de modo hegemônico, impunha seu dogma como elemento unificador de correspondência com a verdade, única, inviolável e divina. A verdade, na inquisição medieval, operou, portanto, em dois sentidos: (i) como uma espécie de bem tutelado, cuja violação - a heresia - era o próprio mal a ser combatido, e, paralelamente, (ii) como alvo, quando utilizada, a qualquer custo, para saber se a própria “verdade absoluta” havia sido insultada.⁶

Ao longo da história, o discurso do “interesse público” foi um dos responsáveis por manter vivo, mesmo dentro de estruturas pretensamente democráticas, um ranço inquisitivo que usualmente se insere na atuação dos servidores das agências do poder punitivo, mesmo que seus métodos ultrajem o necessário cognitivismo ético inerente ao substancialismo penal⁷ e alcancem um modelo processual irracionalista, com a comum fala de que “os fins justificam os meios”.

Não precisa ir muito longe para ver como esse discurso, entranhado culturalmente na *razão do Estado*, continua se materilizandando na lei, na doutrina processual e na jurisprudência. Segundo Tourinho Filho (2010, p. 36), por exemplo, “o Processo Penal deve atender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença”.

Tal raciocínio é servido no nosso Código de Processo Penal, de origem abertamente fascista, em que primando pela repressão à delinquência (ou melhor, para o controle de grupos sociais indesejáveis, dos inimigos da nação) e pelo papel do Juiz como integrante do aparato de segurança pública, recorreu à gestão da prova pelo magistrado, o qual deve buscar, como fim de seu labor, a verdade material. Na mesma levada, a doutrina de Figueiredo Dias explica que a verdade formal não se encaixaria na seara penal, sendo somente relevante, neste contexto, a

⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 386.

⁶ CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag 179.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 36.

verdade material, posto que esta seria “a verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela”.

Arraijada por conteúdos ideológicos autoritários, tanto na essência quanto na origem, a crença na possibilidade humana de se chegar à exata verdade sobre os fatos produziu consequências devastadoras, uma vez que o acusado, mais do que ninguém, guardaria os segredos sobre a realidade passada, com capacidade de reproduzir os detalhes objetivos e subjetivos que acarretaram na execução da conduta incriminada. Por isso, vários foram os modelos autoritários que substituíram o réu, em sua posição de sujeito de direitos, para um lugar de mero objeto processual, cuja qualidade momentânea seria capaz de dizer ao Juiz e à sociedade interessada a verdade sobre os fatos.

Com efeito, interessante visão é passada por MAUS, na obra “Judiciário como superego da sociedade”. Utilizando-se da psicanálise e, especificamente, da idéia de superego⁸, entende-se que essa busca incessante pela verdade e a confiança na narrativa correta do Juiz, como reflexo justo dos fatos, derivaria de uma relação paternal entre o Judiciário e o indivíduo, este vendo aquele como o único ente capaz de enfrentar os problemas complexos que o atormentam. Há, nesses termos, uma crença inconsciente – nas lacunas deixadas pela racionalidade - de que a Justiça pode ser o instrumento de resolução dos conflitos morais do ente, agora, “órfão”.⁹

8 “Nos anos 1960 Herbert Marcuse constatava o ‘envelhecimento da psicanálise’, ou mais precisamente ‘o envelhecimento de seu objeto’. Na família, assim como na sociedade, a figura do pai perde importância na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso “sociedade órfã” ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminuiu. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna”. MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Revista Novos Estudos – CEBRAP. Nº 58. São Paulo. 2000. Pags. 3-4.

9 “Multiplicam-se de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral como “má-fé”, “sem consciência”, “censurável”, que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas (ou politicamente autoritárias, como no caso da jurisprudência das *Sitzblockade*). A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em

Seguindo a lógica processual de busca da verdade material, mesmo juristas que não reconhecem a falibilidade do conceito, prestam-se a se reafirmar condições limitativas à busca de aludida verdade.¹⁰ Reconhece-se, então, que, muito embora se busque uma verdade material, esta não é ontológica, mas “processualmente válida”, o que acarreta na incompatibilidade semântica da concepção do termo, entendido como “correspondência” entre o que se é e o que diz ou pensa sobre determinado objeto, segundo a construção aristotélica de seu significado¹¹ - dominante em toda construção racional ocidental.

A partir desse panorâma, observando o tema deste capítulo sob a égide de uma epistemologia garantista, na qual se visa uma atuação não autoritária e formalista do sistema punitivo (admitindo, por ora, que isso seja possível), Luigi Ferrajoli expõe o necessário modelo de verdade, como uma verdade formal:

Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma concepção é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do qualquer hipotética ‘verdade substancial’, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do ‘formalismo’, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis. (FERRAJOLI, 2002, p. 38)

Visto isso, a verdade processual não pretende ser uma verdade propriamente dita, mas, sim, o resultado de uma reconhecimento disciplinada pelas partes e dentro dos limites legais,

pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular”. *Ibidem.*, Pag. 08.

¹⁰ CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag 171.

¹¹ CASARA, *op. cit.*, Pag. 171.

mediante precisas regras e por uma correta epistemologia que garanta o respeito à estrutura formalista derivada do princípio da legalidade.

Dessa forma, a um processo penal democrático deve se atribuir uma visão formalista com fim, especialmente, de proibir a introdução de verdades arbitrárias. Como resultado dessa lógica, a verdade processual é sempre uma verdade aproximativa, contingenciada pelos limites do próprio processo.

Isso se verifica, segundo FERRAJOLI¹², já que a verdade de uma teoria científica, por mais aceita que seja, não é definitiva, estando sempre adstrita ao contexto e às ferramentas passíveis de análise e utilização em dado momento histórico, o que transforma essa verdade em contingencial. A partir desse esquema lógico, o autor italiano utiliza a noção de Karl Popper sobre “aproximação” da verdade objetiva, como um “modelo” ou “ideia que somos incapazes de igualar, mas da qual podemos nos aproximar”¹³, desde que sem interferência de conotações puramente ontológicas. Assim, portanto, chega-se a visão da verdade aproximativa, a qual é, no âmbito do processo, formal ou processual.

Nessa sequência, FERRAJOLI também distingue a verdade processual fática da verdade processual jurídica. A última, de caráter classificatório, diz respeito “à qualificação jurídica dos fatos passados a partir do rol de opções que as categorias jurídicas oferecem.”¹⁴, calculando-se dedutivamente. A primeira, todavia, relaciona-se à verdade fática e, por isso, histórica, sendo necessário para se chegar a ela a interpretação dos signos do passado translocados ao presente por meio de seus efeitos, raciocinando de maneira indutiva para dar um valor historicamente provável (ou não) àquela narrativa. Conclui-se, diante de tal inferência, que a verdade formal nada mais é que uma verificação da probabilidade de veracidade ou falsidade de determinada narrativa fática.

Todavia, não mais faz sentido centrar a discussão na dicotomia entre verdade real e verdade formal, posto que às duas formas pressupõe uma mediação de limitações contextuais, aqui retratadas como as garantias processuais ínsitas à atividade probatória. Como afirma

12 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag 42.

13 Ibidem,. Pag 42.

14 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 387.

BADARÓ¹⁵, em direta correspondência com TARUFFO, a verdade, dentro ou fora do processo, sempre será relativa, já que qualquer exercício cognitivo estará circunscrito pelos meios possíveis de estabelecimento dela. Nesse diapasão, sequer faz sentido estabelecer que a uma serve ao penal e outra, ao processo civil.

Sem embargos, para LOPES JR.¹⁶, é necessário, no atual momento histórico, abandonar a busca verdade como centro do processo penal, substituindo seu aspecto fundante por seu aspecto contingencial.

Para isso, como premissa para o estudo da verdade no campo processual, é necessário se utilizar da melhor visão sobre sua fenomenologia, que advém de GOLDSCHMIDT, onde assumimos o processo como **Situação Jurídica**. Caracteriza o autor, que o processo é pautado pela incerteza e o risco inerente, eis que visto como um englobamento de situações processuais que se coadunam em busca de uma sentença favorável. Isso, é claro, em resumida síntese.

Somado a isso, tem-se a questão de que não necessariamente existe uma relação intrínseca entre enunciado – entendido como narrativa do fato imputado – e realidade empírica. A prova (**significante**), nos termos acima, é um elemento de formação da narrativa processual pelas partes, a qual tem atribuída a si um **significado** pelo juiz, que formará uma nova narrativa, exarada na sentença como a mais próxima possível da realidade ontológica. Portanto, a prova assume, aqui, um caráter persuasivo, em coexistência lógica com seu caráter ritual, formalista.¹⁷

Entretanto, não há razão para abandonar o conceito de verdade; deve-se, outrossim, trata-la como um dos elementos do processo penal, reconhecendo o caráter mitológico da verdade real ontologicamente referenciada. Como constata COUTINHO¹⁸,

15 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Pags. 35 -36.

16 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 389.

17 Ibidem., Pag. 388.

18 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco carnelutti, para os operadores do direito**. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Pag. 179.

A verdade está no todo, mas ele não pode pelo homem ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõe. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção. (CASARA, 2015, p. 177)

2.3 Presunção de inocência

A presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade, no ordenamento brasileiro, está assegurada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, como princípio reitor do processo penal, sendo uma garantia fundamental inviolável do indivíduo frente ao arbítrio. Serve, por isso, como medidor do grau de qualidade democrática do sistema processual constituído.

Todavia, como nosso referencial teórico não se restringe à análise do curso histórico como mero caminho evolutivo, é importante ressaltar que nem sempre foi assim. Como outros aspectos da condição humana, hoje transformados, oportunamente, em direitos, a presunção de inocência, desde o momento de sua concepção moderna, flutua no limbo do dinamismo das relações políticas, concebidas como premissa maior para sua eficácia ou até para sua vigência.

Mais especificamente, a partir de uma hermenêutica processual cujo objeto deriva da análise dialética das relações materiais-históricas, o trato entre Estado e indivíduo e a própria condição deste segundo no mundo das coisas é determinada a partir das relações produtivas. Isto é, o momento econômico e as necessidades daqueles que detém os meios de produção fazem com que o Estado se movimente neste exato interesse, disciplinando as liberdades e garantias no seio da flexibilidade da forma estatal burguesa. Nesse contexto, insere-se o direito e sua função na estrutura liberal.

Muito embora possamos observar elementos da presunção de inocência já no direito romano¹⁹, além da sua inversão, como regra na Baixa Idade Média durante o período da inquisição, a leitura do instituto será fiel ao contexto do Estado Moderno, pois, àquela altura,

19 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 441

necessitava ser tratada como predicado fundamental da racionalização do Estado através dos ideais iluministas.

Montesquieu, no **espírito das leis**, cria o nexo entre liberdade e segurança dos cidadãos, externando a preocupação do arbítrio por meio das instituições estatais. A liberdade, desse modo, só se solidifica quando instrumentalizada, pela lei, a segurança de que não haverá uma pena arbitrária ou injusta, já que “quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade.”²⁰

Diante da ideologia da ilustração, alavancada pela euforia da razão contra o arbítrio e, dialeticamente, pelo crescente poder de influência da burguesia, os dois processos revolucionários que culminaram na edificação da filosofia liberal como modelo de Estado precederam duas importantes declarações, as quais positivaram o princípio da presunção de inocência como alicerce fundamental dos novos tempos.

Em decorrência da independência dos Estados Unidos da América, em 1776, foi promulgada a Constituição da Virgínia, cujo artigo 8, dentre outras garantias, assegura a presunção de inocência, como segue *in verbis*:

Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.

De forma ainda mais explícita, a revolução francesa, que significou, em vários sentidos, inegável resistência contra o arbítrio das monarquias absolutistas, além de conceber um simbolismo histórico dos ideais da filosofia liberal, fez promulgar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, prevendo, em dois artigos, a garantia da presunção de inocência.

Artigo 7º- Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem,

20 Ibidem, Pag 441.

executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

(...)

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Dessa forma, a tradição jusnaturalista do racionalismo iluminista, mediante o processo histórico de lutas, construiu uma forma jurídica específica, que dentro da órbita do devido processo legal, garantia a todos, em tese, o direito de não ser considerado culpado antes que o Poder Judiciário – única e exclusivamente ele – declarasse, por meio de provas contundentes, que o indivíduo, de fato, foi responsável por algum crime.

Como já delineado acima, os direitos e garantias são frutos de um processo histórico de lutas. Nesse ínterim, o conflito permeia as instituições e os valores que delas se esperam. Conflitos que, no capitalismo, estão intimamente ligados à dinâmica momentânea de produção, o acúmulo de capital e o nível de consciência da classe trabalhadora. Sucede que, por isso, os próprios valores derivados da essência da forma estatal burguesa, de acordo com o momento, entram em evidente contradição, fazendo emergir ideias utilitaristas de resolução das crises cíclicas do capital.

Não por outra razão, a presunção de inocência, ao final do Século XIX, começa a ser questionada enquanto princípio, sobretudo pela doutrina italiana²¹. Paralelamente, observa-se que o capitalismo industrial, na Europa, produzia níveis de miséria alarmantes, superlotação das grandes cidades, formação de exércitos de reserva da classe trabalhadora e o conseqüentemente acúmulo de capital e poder nas mãos da burguesia, que também controlava o Estado.

O positivismo que se empreendia, na mesma época, dava conta de suprir a demanda científica dos interesses burgueses no campo do direito. O controle se fazia cada vez mais necessário, já que era preciso neutralizar a miséria, principalmente do *lumpemproletariado*.

21 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 442

Neutraliza-se estegimatizando. Lado a lado com a desconstrução do princípio da presunção de inocência, começavam os primeiros estudos etiológicos sobre o criminoso²², cada vez menos tolerado e com sua feição cada vez mais aparente. O rosto marcado é sempre o mesmo rosto de quem é explorado.

O autoritarismo que se empreendia – não só no campo penal, sendo este apenas o microcosmo de maior reflexo – ultrapassou a virada de século e se tornou a base axiológica dos regimes fascistas e seus sucedâneos. Garofalo e Ferri foram dois nomes da Escola Positiva italiana, que consideravam a presunção de inocência como “vazia”, “absurda” e “ilógica”, chegando a afirmar a coerência de uma obrigatoriedade da prisão preventiva.²³

Mais sucesso no âmbito autoritário teve o teórico do fascismo italiano Vincenzo Manzini, que se referia ao princípio como “*extraño absurdo excogitado em Francia, donde, a la aparente genialidad o perspicuidad de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas.*”²⁴ Além disso, MANZINI, utilizou a brilhante lógica de que, como a maioria dos acusados, ao final do processo, resultavam condenados, o princípio da presunção de inocência não faria sentido²⁵. Via de consequência, por se tratar de um freio ao poder punitivo, a inexistência do princípio, fatalmente, resulta no seu controponto, isto é, em uma presunção de culpabilidade, que, por um raciocínio óbvio, se contrasta com a própria noção de Estado erigida das revoluções liberais. Por oportuno, vale citar – já que é preciso lembrar para não repetir - trecho da histórica obra de MANZINI.

Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no há diso aún declara cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir em él la inocencia. Lo que hemos dicho está consagrado en el art. 27 de nuestra Constitución, el cual no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es

22 ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007. Pag. 92

23 FERRAJOLI, **Op. Cit.**, Pag 442.

24 MANZINI, Vicenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo: I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america. 1950. Pag. 254.

25 Ibidem, Pag. 254.

natural, que 'el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva.
(MANZINI, 1950, p. 256-257)

Manzini, assim, foi o mentor intelectual do Código de Processo Penal Italiano, conhecido como **Código Rocco**²⁶, que refletia os ideais fascistas de dominação, controle, unidade nacional e destituição do valor do indivíduo, por meio de um processo penal que possuía como função a repressão ao crime e a supremacia do interesse público, materializado no culto à nação. Por esse mesmo referencial seguiu o Estado Novo, no Brasil, bem como outros países da América Latina, como a Argentina, possuindo o modelo singular de diálogo direto com a ideologia fascista e com o nazismo alemão. Para evidenciar tal influência, segue trecho da obra de Francisco Campos, Ministro da Justiça do Estado Novo e redator, também, do nosso Código de Processo Penal, o qual em composição à ideologia corporificada no golpe de 1937, cujo pensamento negava as soluções da democracia liberal para enfrentar os momentos de crise institucional²⁷, valia-se da influência daqueles regimes baseados na Teoria do Estado de Carl Schmitt²⁸, onde o Poder Executivo, em última análise, centralizava o poder do Estado.

Na Alemanha, enquanto um parlamento em que já houve o maior número de partidos procurava inutilmente chegar a uma decisão política mediante os métodos discursivos da liberal-democracia, Hitler organizava nas ruas, ou fora dos quadros do governo, pelos processos realistas e técnicos, por meio dos quais se subtrahia da nebulosa mental das massas, uma fria, dura e lucida substância política, o controle do poder e da nação.²⁹

A partir da importação dessas ideias, surge, portanto, o “fascismo à brasileira”, o qual, também, fez redigir um novo Código de Processo Penal, explicitamente inspirado no Código Rocco³⁰, cuja previsão legal, adotara o princípio da presunção de culpabilidade, com diversos

26 Nome dado em referência ao Ministro da Justiça de Mussolino, Alfredo Rocco.

27 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: Anais do congresso internacional, diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. Pag. 61.

28 Nesse sentido, importa citar o estudo de Zaffaroni sobre a relação entre as contradições de Hobbes e a coerência de Schmitt na construção de um Estado autoritário. ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007. Pag. 135.

29 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: Anais do congresso internacional, diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. Pag. 61.

30 Como aponta o trecho da exposição de motivos do CPP brasileiro: “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente.

dispositivos que refletiam o modelo autoritário, de retomada – ou continuidade acentuada - da cultura inquisitiva.

Para se valer do grau de autoritarismo da aludida legislação processual, segue trecho da exposição de motivos do CPP de 1941:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (BRASIL, 1941)

Fato é que, novamente, a dinâmica histórica demonstrou os perigos do autoritarismo e da utilização das legislações penais como políticas repressivas. As torturas, as mortes, os sequestros, desaparecimentos, prisões arbitrárias, julgamentos de exceção, tudo isso fez parte da rotina do fascismo, o qual, infelizmente, por mais que tenha terminado, deixou de herança uma cultura autoritária. Segundo FERRAJOLI³¹, os efeitos dessa cultura fascista disseminaram a falta de confiança nas garantias, enfraquecendo os significados garantistas dados ao princípio da presunção de inocência, seja por seu caráter de “regra de tratamento”, seja pela observação da carga probatória ou, também, pela (in)observância do *in dubio pro reo*.

A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >.

31 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 442.

A nova ordem constitucional, porém, reestabeleceu o princípio como postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, valendo-se do trauma que o fascismo impôs. Amilton Bueno de Carvalho afirma, inclusive, “que o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros -, nesse momento histórico, da condição humana.”³²

É lícito pensar, nesses termos, que apesar de estarmos ameaçados constantemente pelos delitos, também estaremos ameaçados, se ausente a presunção de inocência, pelas penas arbitrárias, atribuídas pelo Estado, que goza, ainda, de uma pretensa legitimidade. Portanto, mais vale um (ou mil) culpado (s) absolvido (s) do que a possibilidade de um inocente condenado, principalmente pela reserva ética ínsita ao Estado.

Não obstante o Código de Processo Penal possuir clara matriz autoritária, fascista e encarceradora, estamos, hoje, submetidos aos valores constitucionais e convencionais, os quais, de forma mais efetiva, estabelecem uma lógica sistêmica de proteção e garantias, ainda que por vezes mitigada. Essa lógica faz com que o princípio da presunção de inocência opere, segundo LOPES JR., em três aspectos.

O primeiro aspecto da presunção de inocência, como já visto nas divagações sobre as noções de valor da forma democrática-liberal, possui natureza fundante do Estado de Direito, especialmente para garantir ao imputado que sua dignidade, sua condição de sujeito de direitos não seja posta à prova ao revés da lei.

O segundo e não menos importante aspecto refere-se ao princípio como dever de tratamento do imputado, o qual deve ser tratado pelo seu estado de inocência durante o decorrer do processo penal e até mesmo da fase pré-processual. Esse dever de tratamento, segundo, ainda, Aury Lopes Jr., possui uma dimensão interna e outra externa ao processo.

Por último, tem-se que a presunção de inocência, como estado do indivíduo que sofre uma imputação, reflete na distribuição da carga da prova, pertencente, no todo, à acusação. Para isso, basta inferir que, se o sujeito é presumidamente inocente, não cabe a ele provar tal fato; cabe

32 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 96.

se assim o for, que acusação, mediante a comprovação de autoria e materialidade, prove o contrário.

A regra da carga da prova deriva de um elemento caracterizador da presunção de inocência: o *in dubio pro reo*. O juiz, no início do processo, encontra-se em um total estado de incerteza, devendo ser convecido, durante a instrução probatória, que o acusado não é inocente, formando, assim, um juízo de certeza que legitimaria a quebra da presunção de inocência. Caso o juiz não chegue a esse estado de “certeza” e tampouco se convença da efetiva inocência do acusado, prevalece o *in dubio pro reo*. Em outras palavras, para se condenar é preciso que as provas sejam capazes de ir **além de uma dúvida razoável** (*beyond a reasonable doubt*).

Esse necessário estado de inocência que qualifica o sujeito passivo no processo-crime delimita, totalmente, a carga da prova no processo penal, a qual pertence exclusivamente à acusação, concebendo, por conseguinte, o direito do réu ao silêncio. Por esse motivo, o artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser lido à luz da Constituição, não sendo possível a análise literal do dispositivo, o qual dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Trata-se do axioma “*nulla acusatio sine probatione*”, da teoria garantista de FERRAJOLI.³³

Em que pese a importância do postulado ao nascimento e vida do Estado Democrático de Direito, o atual panorama do processo penal brasileiro caminha a passos largos na direção da cultura que construiu nosso Código de Processo Penal. Essa caminhada rumo ao autoritarismo está intimamente ligada a como os operadores do direito visualizam a função e a finalidade do Processo Penal na estrutura do Estado. Os escritores de nosso diploma processual encaravam os direitos de liberdade e segurança – aqueles falados por Montesquieu - como favores que não contribuía para o fim maior do processo penal, que seria, para os antigos e novos articuladores da punição em massa, a viabilização da aplicação da lei penal como forma de resposta do Estado à delinquência e, ao mesmo tempo, como forma de prevenir esta delinquência.

Todavia, um processo penal racional, calcado nos preceitos da ilustração e nos pilares da democracia pós-guerra, não deve servir como instrumento à cultura de encarceramento em massa que o neoliberalismo vem produzindo, mais intensamente, a partir dos anos 90. Como já

33 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pag. 95.

citado, o processo penal é um termômetro que mede a atuação do Estado contra os indivíduos de acordo com o contexto político-econômico. Seguindo essa premissa, veja-se que o neoliberalismo promoveu, sobretudo no capitalismo periférico, mas também nas grandes potências, uma substancial quebra das políticas de assistência social, paralelamente a um recrudescimento da lei penal e da lei processual penal, com a mitigação de garantias, como a presunção de inocência, sempre para servir um objetivo que seja do interesse do mercado.

Não por outro motivo, o momento atual, marcado por uma crise política e econômica, está pondo em dúvida a construção das instituições democráticas e os discursos que atribuem um significado a elas. A pressão pública por punição, o ativismo judicial e a desconstrução da linguagem democrática, são características de uma cultura autoritária, a qual traduz uma política de maior controle das massas populares, de onde surge a maior parte da clientela do direito penal. É nesse cenário de crise institucional que hoje vemos a aplicação utilitarista da prisão preventiva, sem qualquer grau sério de critério constitucional; a distribuição do ônus da prova ao réu; a possibilidade de execução provisória da pena; a utilização de falácias judiciais como o *in dúbio pro societate* etc.

Sobre esse último ponto, vale, por oportuno, tecer um breve comentário: não existe no nosso sistema jurídico! O *in dúbio pro societate*, que não está previsto em nenhum dispositivo legal e não pode coexistir com a presunção de inocência, uma vez que o postulado serve, em todos os momentos processuais e pré-processuais, para a criação de um estado de dúvida no julgador, o qual está imbuído de aplicar, por esse motivo, o *in dúbio pro reo*, mesmo que seja em sede de recebimento da denúncia.

2.4 Contraditório, ampla defesa e a garantia do *nemo tenetur se detegere*

Falar em estrutura dialética do processo nada mais é do que afirmar que o processo é uma articulação entre procedimento e contraditório. A metodologia dialética consiste na lógica de observação da tese e da antítese para a formação de uma síntese. Dessa forma, além da visão de GOLDSCHMIDT de processo como Situação Jurídica, devemos assimilar o processo, também, como procedimento em contraditório, no qual se constitui uma unidade em que o contraditório

seja possibilitado indisponivelmente em todos os momentos processuais, com fim de obter uma justa e imparcial decisão.

Na Constituição da República, mais especificamente no artigo 5º, inciso LV, assegura-se o **contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**. Como já dito, é essência do próprio processo. Contudo, contraditório e ampla defesa não são conceitos iguais, possuem distinções substanciais que devem, de início, serem expostas.

O contraditório consiste no ato de contradizer os fatos acusatórios e, dessa forma, da garantia do sujeito passivo em participar da recongnição sobre a narrativa da denúncia. Decorre daí, portanto, o direito de audiência, sobre o princípio do *audiator et altera pars*. Nesse ambiente processual, o juiz deve possuir um importante papel ativo, porém não inquisitório – como quando o juiz faz a gestão da prova. O juiz tem o dever de garantir todos os “meios e recursos” inerentes ao contraditório, da forma como obriga o art. 5º, LV, da Constituição.

Para que se constitua o contraditório, é necessário que se tenha duas fundamentais ferramentas: informação e reação. Como o contraditório, por assim dizer, é a materialização da antítese da hipótese inicial, a possibilidade de reação é a possibilidade de reagir à acusação, sendo a informação plena dos fatos imputados uma necessidade causal que viabilizaria seu efetivo exercício.

Diante disso, o contraditório deve ser observado, de maneira rigorosa, em todos os quatros momentos da prova, quais sejam: a postulação, admissão, produção e valoração. Na primeira fase, de postulação, o contraditório está presente na possibilidade de, em condição de paridade, as duas partes poderem postular os mesmos meios de prova. No segundo momento, o contraditório deve ser visto como a chance de impugnar a decisão de admissão ou inadmissão do meio de prova.

O contraditório obrigatoriamente estará presente, também, na fase de produção da prova, sendo viabilizada a participação de ambas as partes na instrução probatória, como exemplo, dá-se a faculdade de fazer perguntas às testemunhas. O último momento da prova em que necessariamente o contraditório deve se fazer presente é na fase de valoração da prova,

manifestada na sentença, quando as partes podem fazer um controle de racionalidade para, se for o caso, tentar impugnar tal decisão. É o momento em que deverá ser feito o controle epistêmico da decisão.

Além disso, o contraditório serve como garantidor da imparcialidade, evitando a manipulação de provas pelo julgador, pois como brilhantemente expõe Cordeiro, aqui citado da melhor forma por LOPES JR., a ausência do contraditório:

Além de constituir uma grave e insanável violação as regras do jogo (forma enquanto garantia), faz com que, segundo CORDEIRO, abram-se as portas ao pensamento paranoide, pois, como num jogo de tabuleiros, (juiz) inquisidor dispõe das peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao onírico, onde tempos, lugares, coisas, pessoas e acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis. (LOPES JR, 2016, p.378)

Ainda dentro do âmbito do princípio do contraditório, vale fazer uma importante distinção acerca das provas pré-constituídas e das provas constituídas. As provas constituídas são aquelas produzidas no curso do processo, em contraditório, com a participação do juiz e, de preferência, oralmente. Já as provas pré-constituídas são produzidas fora do processo e apenas juntada aos autos, sem um procedimento especial para sua admissão. O contraditório, nas provas documentais, por exemplo, é observado na valoração da prova, sendo necessário apenas a possibilidade de contradizer a prova antes da sentença.

A diferença dos níveis de contraditório se evidencia justamente no momento de valoração da prova. Um processo penal acusatório, coordenado por um magistrado imparcial e que busca construir seu convencimento com base no contraditório, deve buscar uma eficiência epistemológica da sentença, considerando os diferentes níveis de contraditório em concordância com seu grau de efetividade.

Nesse sentido, as provas constituídas, nas quais estaria centrada uma maior intensidade do contraditório, possuem uma base epistemológica mais sólida, sendo, portanto, mais eficientes na busca da verdade dentro de uma estrutura dialética. Essa forma de produção de provas, submedita, sempre, ao contraditório, é baseada no direito ao confronto, em que se impõe uma rigidez à forma oral, está disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8.2.f, onde se assegura o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no

tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

Dessa forma, a distinção pode ser feita como provas produzidas em contraditório e provas submetidas ao contraditório, que, segundo Ubertis, implica na comparação entre provas fortes e provas fracas, pois as intensidades são decorrentes do nível de contraditório da prova. É a partir deste raciocínio que deve ser lido o artigo 155 do Código de Processo Penal para fazer a diferenciação entre elementos de prova e elementos de investigação.

Do contraditório, portanto, origina-se o direito de defesa, o qual subdivide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica deve estar presente em todas as fases do processo, participando de maneira efetiva na produção de provas, sendo imprescindível para a construção dialética do processo. É, assim, indisponível, pois serve tanto à garantia individual do acusado quanto ao interesse coletivo de se ver uma correta solução do caso penal, a partir de uma verdadeira paridade de armas.

Por essa perspectiva, constitui dever do Estado, de acordo com nossa Constituição Federal, a criação de uma defensoria pública eficiente no oferecimento de defesa técnica aos acusados hipossuficientes, que são a maior parte da clientela do sistema penal. Em conjunto, deve se fomentar, tanto interna quanto externamente, a proteção às prerrogativas da advocacia, insistindo na importância da defesa técnica para a democracia, em contínua resistência à estigmatização da advocacia criminal por uma mídia que lucra com a espetacularização dos fatos e com a simplificação do raciocínio.

A autodefesa, por sua vez, é a garantia do acusado de se defender da pretensão acusatória, tanto de forma positiva quanto de forma negativa. A atuação positiva do acusado se materializa quando este, disponibilmente, participa dos atos do processo, provendo declarações, submetendo-se a exames periciais etc. A atuação negativa, ao contrário, é o modo de recusa a participar da produção de provas, propiciado pelo direito de não produzir prova contra si mesmo, por entender que determinada prova poderia ser prejudicial à sua defesa.

A autodefesa negativa está insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, “segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.”³⁴ O direito ao silêncio, por isso, está insculpido no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República como garantia fundamental, bem como no artigo 8.2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que ainda orienta o artigo 186 do Código de Processo Penal, e, em hipótese alguma, pode se fazer nascer uma presunção de culpabilidade pelo exercício de tal direito fundamental, valorando negativamente o silêncio do acusado.

Uma importante consideração, contudo, deve aqui ser ressaltada. O princípio do *nemo tenetur se detegere* garante que o réu não poderá, sob qualquer situação, ser compelido a produzir prova na qual tenha crença de que pode lhe ser prejudicial. Sendo assim, o acusado tem resguardado o direito contra a coação estatal para participação de acareação, reconstituição, para o fornecimento de material para exame pericial, dentre outras coisas. No entanto, a Lei de n.º 12.654 de 2012 passou a prever a possibilidade de coleta de material genético do suspeito para exame pericial, mesmo que este não tenha se voluntariado para tanto. A lei, aplicada acriticamente pela jurisprudência pátria, revogou quanto a esse específico tipo de prova, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, desrespeitando o exercício do direito de defesa pessoal de forma negativa.

2.5 Distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova

Em que pese nosso CPP não faça a devida distinção entre meios de prova e meios de obtenção da prova, a doutrina moderna, por motivos práticos, tem procurado articular essa dicotomia. Nos Códigos de Processo Penal de Portugal e Itália, de 1987 e 1988, respectivamente, tal diferenciação já foi imposta, bem como no projeto de novo Código de Processo Penal brasileiro (PLS n.º 156/2009).

Os meios de prova, segundo BADARÓ (2015, p. 384), “são instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revalar ao juiz a verdade de um fato.” Nosso Código de processo penal prevê diversos meios de prova, quais sejam: exame de corpo de delito

34 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 104.

e perícias em geral (arts. 158 a 184), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239), busca e apreensão (arts. 240 a 250). Todavia, como será explicitado, a que se fazer um série de críticas à disciplina do Código quanto a este tema.

O interrogatório (arts. 185 a 196), muito embora esteja disposto no título sobre provas, é, de acordo com a filtragem constitucional, mais especificamente pela garantia fundamental do direito ao silêncio, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, um meio de defesa, que poderá ser exercido tanto de forma positiva quanto de forma negativa, não sendo possibilitado ao julgador valorar desfavoravelmente o silêncio do acusado, conforme explicado na conceituação do *nemo tenetur se detegere*.

Em paralelo, ainda mediante o entendimento de BADARÓ, a confissão também não pode ser vista como meio de prova se constituída extraprocessualmente, como, por exemplo, em situações nas quais o acusado confessa o crime no momento da prisão em flagrante. Nesse tipo de situação, tal ato promovido pelo acusado será consubstanciado na lavratura do auto de prisão em flagrante, que poderá, posteriormente, ser juntado aos autos como um *documento*; este, sim, apto a traduzir um *elemento de prova*. Portanto, será meio de prova, nesses casos, o documento juntado. Quando, contudo, a confissão advir do interrogatório do acusado, será esta um resultado do interrogatório, que, neste diapasão, será um meio de prova.

O indício também não constitui meio de prova, pois é, em verdade, segundo a Excelentíssima Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio.”³⁵

35 ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. A prova por indícios no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pag. 36.

Todavia, o rol do Código de Processo Penal não é taxativo, tendo em vista que existem provas atípicas que podem ser produzidas, é claro, de acordo com os princípios que regem o processo penal acusatório.

Não obstante a busca e apreensão estar elencada como meio de prova, essa é, conclusivamente, um meio de obtenção de prova, conceito que, por sua vez, consiste no instrumento capaz de colher fontes ou elementos de prova, e, invariavelmente, trata-se de uma exceção capaz de revogar, legitimamente, alguma garantia fundamental insculpida na Constituição, como a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade das comunicações e, no caso do instituto citado, a inviolabilidade do domicílio. A busca e apreensão, nesse cenário, é o único meio de obtenção de prova previsto no CPP, sendo os outros disciplinados em leis diversas, como, por exemplo, a interceptação telefônica (Lei 9.296/1996), a colaboração premiada (Lei 12.850/2013), a interceptação ambiental (Lei 12.850/2013) etc.

Para além, também constitui meio de obtenção de prova o agente infiltrado, com atuação regulada nos arts. 10 a 14, da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013). Este meio de obtenção de prova serve à investigação para que o poder público possa agir e colher provas aptas à incriminação de agentes no seio, exclusivamente, de uma organização criminosa. O agente infiltrado, dessa maneira, não pode servir como mero meio de prova, convertido seu valor na produção de prova testemunhal.

Os meios de obtenção de prova tem natureza de diligência não concluída, possuindo, assim, caráter de surpresa para o acusado. Não está, por óbvio, sob o crivo do contraditório prévio, posto que sua eficiência se encontra diretamente relacionada à ignorância do investigado, que presume-se poder estar no curso do *iter* criminoso ou revelando fatos sobre crimes já cometidos ou a cometer. Logo, o contraditório somente poderá ser feito através da obtenção de resultado, em momento posterior.

Por outro lado, é lícito questionar o procedimento de submissão ao contraditório diferido daqueles meios de obtenção de prova que, como exceção à regra, não vinculam sua eficiência ao fator surpresa de seu exercício. É o caso das quebras de sigilo bancário e fiscal, já que os dados buscados estão em posse de instituições públicas ou privadas, onde é, em tese, impossível

alterar ou suprimir tais dados, não havendo, por consequência, necessidade de surpreender o investigado. Como a essência do processo penal está necessariamente ligada à formação do contraditório, devemos crer que sua efetividade se dê mediante a efetividade do contraditório. Em outras palavras, a decisão mais justa, não raro, será àquela a qual se constituiu pela maior diversidade de provas e contraprovas aptas a, mais detalhadamente, formar o convencimento do juiz. Diante desse raciocínio, é necessário que submeta a pretensão de se utilizar desses meios de obtenção de prova ao contraditório, de maneira antecipada, relegando ao contraditório diferido apenas aquilo que, por essência, é uma exceção que não comporta a regra geral.

2.6 Distinção entre provas ilícitas e ilegítimas

Muito embora a distinção tratada neste tópico, se observada rapidamente, não guarde relação direta com o objeto do presente trabalho, a forma com a legislação processual trata esses conceitos importa, de alguma maneira, à teoria da prova, entendida como um todo, o que, conseqüentemente, reverbera em outros campos de análise, estes, sim, influentes e presentes nas questões sobre a *valoração da prova* no processo penal, sobretudo por seus possíveis efeitos na lógica cognitiva do julgador.

Como já delineado no tópico sobre a verdade no processo penal, a tradição política democrática atribuiu uma necessária limitação ao conceito de verdade, o qual deve ser lido como alvo epistêmico da decisão judicial. O respeito à forma processual e aos parâmetros elencados na construção sistêmica do processo penal funcionam como meio de se proibir a eventual entrada de conteúdos buscados em uma pretensa pureza ontológica, a qualquer custo, pelo operador do direito. Via de consequência, a limitação do conceito de verdade reverbera, também, no livre convencimento do juiz, que deve ser buscado por meio de uma contextualização judicialmente aceitável, externada na obrigatória fundamentação.

Nesse cenário, as provas ilícitas e as provas ilegítimas, cada uma do seu modo, interferem diretamente na função limitativa da busca pela verdade através das provas. O Constituinte, em 1988, portanto, decidiu elencar no rol de garantias fundamentais do cidadão, a proibição da prova ilícita, pois vista, sobretudo naquele momento de redemocratização, como forma de desestimular a obtenção de provas por meios ocultos, principalmente pela tortura, tão utilizada

– e por diversos motivos – durante a ditadura civil-militar, em que pese essa se perpetue, ainda, nos cárceres e nas periferias, onde a compaixão do Estado não chega.

Dessa maneira, o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Para tanto, conceitua-se prova ilícita, segundo BADARÓ³⁶, aquelas que são obtidas em violação à norma de direito material ou de garantias constitucionais. Em outras palavras, a prova ilícita é notada de um caráter antijurídico, por infringir, normalmente, garantias constitucionais de liberdade públicas e de direitos da personalidade, ainda mais quando se trata de meios de obtenção de prova, como, por exemplo, a interceptação telefônica ilegal (art. 5º, XII, da CF), a violação de domicílio (art. 5º, XI, da CF) entre outros. A colheita ilícita de prova, além de ser antijurídica, em muitos casos configura-se como conduta típica (por exemplo, arts. 150, 151 e 154, CP).

Por sua vez, a prova ilegítima é aquela que constitui violação à norma processual, isto é, a obtenção de prova que não se sujeita ao rito processual – lembrando que, para o processo penal, forma é garantia. Exemplificativamente, a prova ilegal pode ocorrer quando em determinada oitiva de testemunha, o juiz não concede o direito de pergunta às partes. Violada a norma processual, o seu resultado direto é uma sanção processual, que, no exemplo citado, seria a nulidade da prova testemunhal.

Em correspondência com o sentido acima apresentado, a saída da doutrina tradicional e da antiga jurisprudência era a aplicação do mesmo raciocínio para com a prova ilícita. Assim, a obtenção de provas ilícitas, violadoras de direito material, resultaria em uma sanção material, como nos delitos citados mais acima, sem uma resposta processual, podendo o juiz, com isso, valorar perfeitamente a prova obtida por meio ilícito.

Todavia, a Constituição da República positivou expressamente que são “inadmissíveis” as provas ilícitas, indo além da resposta unicamente material. Apesar do dispositivo constitucional não prever o que fazer com a prova ilícita já juntada aos autos, a reforma do CPP promovida pela Lei. 11.690/2008 supriu o vácuo até então existente, fazendo com que o art.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. Pag. 401.

157 do Diploma preveja que esta deve ser desentranhada do processo, constituindo, agora, uma sanção processual, já que não faz qualquer sentido lógico se proibir determinada prova e, ao mesmo tempo, utilizá-la para embasar uma decisão judicial, com base na lei.

Verificada a distinção conceitual e de efeitos das provas ilegais, tidas pela teorização de Ada Pellegrini³⁷, as quais englobam as ilegítimas e ilícitas, vale aferir que a prova produzida ilegitimamente pode ser repetida com a devida observação das normas processuais, enquanto as provas ilícitas são inadmissíveis no todo, não podendo, de forma alguma serem repetidas, pois sequer constituem provas, caracterizando o desentranhamento como efeito de sua inexistência jurídica.

2.7 Sistemas processuais e gestão da prova

A origem do conceito de sistema acusatório, como narra LOPES JR.³⁸, remonta à democracia grega da antiguidade, cujo direito estava circunscrito pela noção de participação dos cidadãos nas decisões públicas. Diante desse ambiente, vigorava, no direito grego, o sistema de ação popular, em que qualquer pessoa do povo poderia acusar, além do sistema de acusação privada para os delitos de menor gravidade.

Não obstante, foi no direito romano, em especial no seu período republicano, que o sistema acusatório se formou de maneira mais sólida. A concatenação de regras que indicavam uma forma mais justa de resolução dos conflitos, fazendo importar o direito de defesa e o contraditório, uma atuação imparcial e passiva do julgador, além de publicidade do julgamento, fazia nascer, de forma sistêmica, o modelo acusatório.

Em uma breve síntese histórica, cabe delinear que, no período da República Romana, vigeram dois sistemas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*, respectivamente. A *cognitio*, iniciada antes, centrava-se na figura do magistrado, cabendo a este proceder com a descoberta da verdade da maneira que melhor o conviesse, com excesso de discricionariedade nas mãos

37 Idem.

38 LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag. 137.

do julgador e, em sentido inverso, com grande escassez de garantias ao acusado. A *cognitio*, deste modo, foi superada devido ao poder político e a possibilidade alta de arbítrio pelo juiz.

Como consequência política do afastamento da *cognitio*, sucede o modelo de *accusatio*, cujo contorno, enfim, é tomado pela existência de um polo obrigatório na relação processual: a acusação. A oficialidade do exercício da acusação penal era dada, de maneira ocasional, a um membro do povo, que apesar de dotado, normalmente, de qualidades políticas, representava a coletividade – não o Estado. A própria existência de um polo acusador faz originar, por via lógica, a necessidade do direito de defesa efetivo, que começa a ser garantido com esse modelo, que, para além, denota outras características, tais como a atuação passiva do juiz, mantendo-se alheio à gestão da prova; a adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, em que não se admite a denúncia anônima e a acusação sem um legítimo e idôneo acusador; além da oralidade e publicidade do julgamento.³⁹

Todavia, tal modelo processual apenas vigorou no último século da República Romana, já que, no período do Império, as garantias da *accusatio* se tornaram um entrave à repressão aos delitos e a maior necessidade de controle do imperador. O resultado disso foi, novamente, a centralidade do processo nas mãos do magistrado, que ampliou sua atuação de ofício, passou a poder proceder em sigilo e sem a necessidade de uma acusação formal no que era chamada de “**processo extraordinário**”, tendo sido nessa época, inclusive, que a tortura foi introduzida no direito romano.

Os aspectos supracitados, em conjunto com elementos do direito canônico, formaram as características básicas do sistema aplicado a partir do Século XIII, que, paulatinamente, substituiu o modelo acusatório pelo modelo inquisitório.

Segundo ANITUA⁴⁰, a inquisição se origina, de maneira institucional, no quarto Concílio de Latrão, ocorrido em 1215, quando se verifica a oportuna necessidade da Igreja Católica de reprimir determinadas interpretações heréticas da doutrina cristã. A partir de então, começa a

³⁹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag. 138.

⁴⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan. 2007. Pag. 52

se racionalizar⁴¹ um sistema processual baseado na busca da verdade contra o pecado e a heresia, criando, através dos inquisidores e dos tribunais de inquisição, um método novo de aplicação sistêmica do poder punitivo então instituído pela Igreja e pelos reinos que, na baixa Idade Média, já formavam os protótipos do Estado moderno. O *Malleus Maleficarum*, escrito pelos inquisidores Henrich Kramer e James Sprenger, em 1484, no âmbito da Universidade de Colônia, foi, sem dúvida, o documento que melhor materializou a instrumentalidade, bem como os motivos e finalidades da santa inquisição.

Neste contexto, ANITUA cita Zaffaroni quando afirma que o Martelo das Bruxas foi responsável por instituir o primeiro discurso criminológico moderno.

Segundo Zaffaroni, o Martelo das bruxas constitui o primeiro discurso criminológico moderno. Trata-se de um discurso orgânico, cuidadosamente elaborado, com um grande esforço intelectual e metodologicamente exigente, que explica as causas do mal, quais são as formas em que se apresenta e os sintomas em que aparece, assim como os modos e métodos para combatê-lo. É assim, sempre de acordo com Zaffaroni, um discurso que integra aquele que hoje está separado entre a criminologia etiológica, o direito penal, o direito processual penal, a penologia e a criminalística. Tudo isso sob uma orientação político-criminal destinada a reforçar o poder burocrático e centralizado e a reprimir a dissidência. (ANITUA, 2007, p. 57)

No cerne do discurso criminológico originado pela inquisição, as relações processuais sofrem mudanças radicais na sua estrutura. Mais uma vez utilizando ZAFFARONI⁴², o inquisidor – tido como sujeito do conhecimento, investigador, aquele inquiri – é responsável por extrair a verdade do inquirido – investigado, interrogado. O modelo processual somente suporta, nestes termos, a relação desigual entre inquisidor e acusado, este como mero objeto de busca da verdade, onde se legitimava qualquer coisa pelo “apetite de verdade do dominus (sujeito cognoscente)”⁴³, o qual se constitui pela substituição da vítima da heresia ou da bruxaria, que, em última instância, é Deus, em sua onipotência, onipresença e de posse da verdade divina, intransponível e inquestionável.

41 Essa racionalização deve ser entendida pela lógica meramente instrumental, dentro do arcabouço do conceito de racionalização construído por Max Weber.

42 ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007. Pag. 38.

43 Ibidem, pag. 39.

A vontade de saber, portanto, faz surgir o modelo de busca pela verdade a qualquer custo, com a necessidade preponderante de manter uma postura ativa do inquisidor, juiz arbitrário e alheio ao diálogo, pois sua posição soberana é a única possível para se chegar à vontade de Deus. Em paralelo, tornar secreto o julgamento e a colheita de provas, sem a possibilidade de um efetivo contraditório, é imperativo para que a busca da verdade não seja atrapalhada por fatores externos. Além disso, a prisão cautelar era regra, pois o inquisidor precisava dispor do corpo do herege para obter, mesmo que mediante tortura, a confissão, considerada, à época - devido ao oportuno sistema de provas tarifadas - a maior das provas, com a qual sequer precisaria de instrução processual.

Assim, a mudança fundamental que a inquisição operou foi a troca do modelo de disputa, focado na relação dialética das partes, para o modelo inquisitivo, de centralização do poder e do saber, traçando uma perspectiva de continuidade cultural da lógica inquisitiva nas demais reformulações sistemáticas do processo penal. Não por outra razão, os Estados Modernos, em sua gênese, mantiveram a estrutura inquisitorial, pois inequivocamente eficaz para o controle dos indesejáveis e exaltação da soberania.

Os predicados da ilustração, no entanto, fizeram emergir, novamente, a noção de sistema acusatório, quando a partir da ideia de jurisdição, retornou-se ao modelo do acusador separado do julgador, como agentes independentes, pontuando características sistêmicas fundamentais, como a imparcialidade, a iniciativa probatória das partes, a isonomia, a oralidade, a publicidade, o contraditório e a ampla defesa, o livre convencimento do juiz etc.

Contudo, o problema da assimilação cultural dos valores da inquisição, segundo ZAFFARONI (2007, p. 42), “transcende o campo do penal para converter-se em uma questão central da cultura universal”, constituída no discurso que se criou para legitimar o poder punitivo. Nesse sentido, explica-se como as legislações processuais contemporâneas, muitas delas de caráter acusatório-democrático, ainda possuem aspectos característicos do modelo inquisitivo, da mesma forma que o discurso processual, em si, se vê permeado por esses traços, tanto na dogmática quanto na jurisprudência. Importante, para tanto, é citar o pensamento de

ZAFFARONI⁴⁴, em que se consubstancia a coexistência entre saber inquisitorial e sociedade punitiva, pela sua significação histórica, através do pensamento de Nietzsche.

Daí resulta claramente que a animosidade não é só – nem muito menos – uma questão do poder repressivo, sem um condicionamento cultural do modo de saber inquisitorial, que é próprio da civilização que nasceu com o poder punitivo e se planetarizou em um processo crescente a partir da revolução mercantil e dos genocídios colonizadores. Este saber inquisitorial de dominus se acumula como saber senhorial tecnológico em uma reta de pretensão progresso linear e infinito, que condiciona a ideia que a civilização planetária tem do tempo: o tempo linear. A concepção linear de tempo está intimamente vinculada à vingança, a ponto de depender dela: a vingança é sempre vingança contra o tempo, dado que não é possível, numa concepção linear, fazer com que o que foi não tenha sido. A vingança é contra o que foi e já não pode ser de outro modo ou voltar a ser. O humano é prisioneiro do tempo e do seu ‘foi’. A vingança é uma necessidade da concepção linear do tempo.

Dessa forma, vê-se que o sistema acusatório, invariavelmente, estará permeado por aspectos de matriz inquisitiva. Não obstante, foi o modelo acusatório que se sobressaiu sobre o inquisitivo, sendo a figura deontológica que estrutura a forma processual no Estado Democrático de Direito. A sua conceituação - assim como suas razões históricas - pode aferir grandes dificuldades analíticas, já que é um instrumento de garantia que legitima a atuação justa do poder punitivo, fazendo, mais uma vez, que valores como a liberdade e o poder de punir do Estado fiquem em polos opostos no cabo de guerra das disputas políticas no campo discursivo. Em outras palavras, o poder se legitima através do saber (materializado no discurso) e, na hipótese específica, o discurso está atrelado à dogmática que constrói o significado do objeto (sistema acusatório), servindo como fonte de racionalização das vontades do poder punitivo e, em contraposição, de uma resistência crítica, em regra contra-hegemônica e que, dificilmente, consegue incutir mais força, por sua própria natureza.

Diante disso, deve ser feita uma análise sobre as diferentes conceituações de sistema acusatório.

Segundo Frederico Marques⁴⁵, o sistema acusatório se funda na separação entre a função de julgar a função acusadora, de exclusividade do Ministério Público. O clássico mestre afirma

44 ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007. Pag. 42.

45 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume I. 3ª Atualização. Campinas: Millenium. 2009.

que o impulso de ofício que a lei concede, em ocasiões especiais, ao juiz, não faz com que haja uma mitigação do sistema acusatório, consoante se depreende do trecho abaixo.

A regra do impulso *ex officio*, do movimento processual, que também não é privativa do processo penal, em nada infirma o que atrás foi enunciado, porquanto não traduz atuação ou atividade pertinente ao litígio, mas, ao revés, poder de direção sobre o procedimento para subtrair o desenrolar dos atos e fases processuais do poder dispositivo das partes. Tanto isso é exato, que o impulso inicial do processo, por estar ligado à apresentação da acusação, não é atribuído ao juiz, e sim ao Ministério Público: *nemo iudex sine actore*.

Sob a mesma égide, TOURINHO FILHO ⁴⁶ destaca que o ponto central do sistema acusatório é a necessária divisão das funções, na estrutura tríade do processo penal, salientando o valor do Ministério Público para tanto.

O fato de a acusação, hoje entre nós, ficar a cargo do Ministério Público não desnatura, pois, o processo acusatório. Esta, à evidência, sofreu alterações, ditadas pela evolução dos tempos, aperfeiçoando-se. Mas seus princípios iminentes continuam íntegros: publicidade, contraditório e, finalmente, acusação e jurisdição a cargo de pessoas distintas, ‘*pués, la piedra de toque del sistema acusatório es siempre la separación de acusador y juzgador*’ (Garcia-Velasco, Curso, cit., p. 8).”

Também no mesmo sentido, RANGEL ⁴⁷ concebe o sistema acusatório, no nosso ordenamento, pela existência do artigo 129, inciso I, da Constituição da República, em que se dá ao Ministério Público, de maneira privativa, a atribuição de órgão acusador.

Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da CRFB), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular.

A essa visão de processo acusatório, onde o cerne da questão é divisão das partes e de suas funções, reputa-se como um modelo histórico que deve se adaptar à realidade dos dias hoje. Com efeito, retorna-se, em pontos, ao Código Napoleônico de 1808, em que, pela primeira vez, se concebeu um sistema misto, dividido em fases, onde, num primeiro momento, reinava o sistema inquisitório, ainda no afã da busca da verdade real; somente após a colheita de elementos de prova, de modo secreto e usando o investigado como mero objeto, sem possibilidade de defesa, o sistema, em tese, transformava-se em acusatório.

46 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: Volume 1. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

47 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. Pag. 53.

Até hoje, ademais, com suas devidas modificações, a doutrina tradicional, composta pelos ilustres doutrinadores citados acima, bem como outros de relevada importância, ainda conceitua nosso sistema processual como um sistema misto ou acusatório formal⁴⁸, no qual a fase pré-processual seria de predomínio de características inquisitivas, enquanto no processo, em si, predominariam os aspectos acusatórios.

Cabe lembrar, contudo, que os sistemas processuais, em sua essência, são modelos deontológicos puros, os quais determinam uma série de regras que o diferenciam um do outro. Sucede que, diante de nossa estrutura atual de persecução penal, onde soma-se a atividade policial e a resposta judicial, soa redundante afirmar que nosso sistema é misto. Até porque, os contextos diversos imprimem a aplicação diversa das regras atinentes a cada sistema.

Portanto, para fugir do reducionismo da tese do sistema misto, há que se entender o processo como um todo, em sua configuração política, para isolar o ponto nevrálgico do sistema, o princípio fundador que unifica o modelo processual, fazendo circular uma rede valores e normas que o constituem de modo organizado e atrelado ao contexto de onde está inserido. Surge daí, então, o princípio dispositivo (ou acusatório), que funda o sistema acusatório.

Em contraposição ao formulado pela doutrina tradicional, em que se assenta o sistema acusatório na mera divisão entre as partes do processo (acusação, defesa e juiz), o princípio dispositivo deve ser concebido pela gestão da prova nas mãos das partes, por ser elemento fundamental na construção efetiva dos efeitos da divisão de funções do processo, em que se pretende um juiz espectador, imparcial, de modo que se possa analisar as provas à luz de um efetivo contraditório.

Por outras palavras, não adianta que haja uma divisão de funções se, no decorrer do processo, o juiz atue de modo a romper com a separação inicial, assumindo uma postura ativa na descoberta da verdade, como a gestão da prova, ou cooptando atribuições que deveriam ser

48 Segundo BINDER, o termo “acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que até nossos dias.” BINDER, Alberto M.. **Descumprimento das formas processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. Pag. 51.

exclusivas da acusação, como a possibilidade de determinar prisão preventiva, no curso do processo, de ofício.

Quanto ao processo penal brasileiro, ainda que a Constituição, na sua interpretação sistêmica, assegure garantias que fazem revelar o modelo acusatório, pois é o único compatível com a base axiológica da nossa Carta Fundamental, a praxe judiciária não fez a devida filtragem nas normas contidas no Código de Processo Penal, de clara matriz inquisitória. Dessa forma, coexistem no processo penal brasileiro, de orientação, em tese, acusatória, normas de caráter inquisitorial que vão de encontro a essa orientação, como, dentre muitos outros, o artigo 156, incisos I e II, do CPP, que permitem a gestão da prova pelo juiz.

Como já demonstrado, a gestão da prova na mão das partes é o conteúdo do princípio dispositivo, fundador e unificador do sistema acusatório, indo mais além da concepção – ingenuamente idealista - que se reduz na divisão inicial das partes. Via de consequência, o princípio inquisitivo deve ser entendido como possibilidade de o juiz buscar, por vias próprias, a produção do conhecimento histórico, com uma postura ativa que vai além da pretensão das partes, transfigurando a imparcialidade e afetando diretamente o contraditório. Assim sendo, o processo penal brasileiro, já que assume a gestão da prova nas mãos juiz-ator, é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório.⁴⁹

3. DA VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO

PENAL 3.1 Análise histórica dos modelos de valoração da prova

Como visto acima, o princípio dispositivo, no processo penal, que funda o sistema acusatório, trata-se da distribuição da gestão da prova entre as partes, fazendo com que o Juiz assumira uma postura passiva e possa, dentro das balizas da forma processual, construir um convencimento justo e baseado no contraditório. Nosso Processo Penal, todavia, ainda se sustenta na base do princípio inquisitório, pois possibilita ao magistrado a gestão da prova (art. 156, do CPP), bem como a atuação direta tanto na fase pré-processual e na fase processual.

49 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. Pag. 47.

Essas características que facultam ao julgador um papel ativo na busca da verdade, em um contato direto com a produção de provas, afetam, sem dúvida, a imparcialidade necessária a correta fenomenologia do processo penal moderno, que consiste na divisão efetiva de quem acusa e de quem julga.

Diante desse panorama, a forma como o juiz concebe a tese acusatória e, conseqüentemente, a antítese defensiva, mostra-se influenciada pela sua própria postura ativa. A aceitação dos discursos sobre os fatos em questão no processo penal necessariamente é corroborada pelas provas trazidas por ambas as partes, mas respeitando, é claro, a carga da prova e o *nemo tenetur se detegere*. A forma como o juiz valora a prova traz uma intensa dificuldade analítica, tendo em vista que é o momento em que mais há influência de questões subjetivas, incluídas nos caminhos nem sempre visíveis da linguagem.

É cediço que o momento atual, marcado pelo protagonismo do Poder Judiciário, vem trazendo novos desafios, e no processo penal isso é materializado de maneira mais evidente que nos outros campos, pois como afirma Goldshmitd, ele é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de determinada Constituição. A criação de inimigos comuns, o direito penal como instrumento mais forte do utilitarismo político, a espetacularização das investigações e processos judiciais, bem como da figura dos atores processuais, vem trazendo ao nosso ordenamento uma terrível falta de segurança jurídica, limitada apenas pelo voluntarismo político dos juízes. Nesse cenário, cabe trazer a visão não muito otimista do Professor Salah H. Khaled Jr⁵⁰ .:

Os limites ao exercício do poder punitivo estão simplesmente desaparecendo: indevidos espaços de discricionariedade possibilitam que a condenação em determinados processos seja imediatamente assegurada. Ela depende apenas do grau de **voluntarismo** do magistrado, já que é aceitável que a verdade seja produzida sem nenhuma espécie de lastro probatório. O chamado livre convencimento motivado parece ter sido reduzido a pó: não é mais do que um ornamento retórico utilizado para conferir alguma legitimidade a decisões visivelmente arbitrárias, que refletem os juízos morais dos magistrados em questão. Fins nobres justificam meios espúrios: o combate à corrupção justifica o emprego de qualquer recurso, o que contribuiu decisivamente para a desestabilização da República e a **ruína** da democracia.

50 Khaled Jr, Salah H.. **Livre convencimento motivado**: o império do decisionismo no Direito. Disponível em: < http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/#_ednref5 >.

Para entender como nosso sistema de valoração da prova, o livre convencimento motivado, não está sendo capaz de frear o decisionismo judicial, além de permitir condenações sem o mínimo lastro probatório e a utilização política do processo penal, faz-se coerente revisitar, historicamente, os modelos de valoração da prova que vigoraram na nossa história recente, e sua interlocução política com as garantias processuais.

3.1.1 Sistema de provas tarifadas

Durante o período da inquisição, que vigorou, de maneira hegemônica, do século XIII ao XVIII, o sistema de provas legais, certeza legal ou tarifamento legal, dominou a estrutura processual penal, impondo valores pré-fixados aos meios de prova. A concepção do sistema de prova legal está umbilicalmente relacionada à busca da verdade real, absoluta e única, uma vez que os elementos de prova mais valiosos eram aqueles que estavam no foro íntimo do acusado, que, em último grau, culpado ou inocente, era o único guardião da verdade. Daí recorre-se à tortura.

Cabe ressaltar que o autoritarismo desse modo de valoração da prova, sem dúvida, está ligado, também, a distribuição desigual dos saberes. Ao inquisidor não se exigia o uso das subjetividades, das experiências vividas; exigia-se, ao contrário, um saber pleno das especificidades da lei, que aplicaria, de modo estritamente formal, como aplica a vontade de Deus e da Igreja. O inquisidor, por isso, era um homem com um saber necessariamente maior que o do homem médio, o que reverbera na sua fé e no respeito aos dogmas, e faz, conseqüentemente, com que seja infalível. O resultado desse cálculo é que o legislador – transfigurado, aqui, no papel do soberano e da religião – detinha o domínio do saber divino – da verdade. E essa verdade, de forma alguma, poderia estar nas mãos do profano, do herege, do réu. Afinal, quem domina o saber possui poder, e a distribuição desigual dos saberes é característica fundamental, se não imprescindível, do exercício arbitrário desse poder.

Outro fator a ser lembrado é que, como descrito no capítulo acima, o sistema inquisitório não se constitui como modelo dialético, calcado na ritualização e efetivação do contraditório no processo. Dessa forma, não há o que se falar sobre convencimento do magistrado. Mais ainda, não há sequer possibilidade de pretensão das partes, tendo em vista que a função

acusadora e julgadora se confundem. É, assim, imperativo ao modelo inquisitorial puro que haja uma prévia fixação dos valores incutidos em cada meio de prova.

Esse horizonte fechado, mecânico e autoritário, de busca incessante pela verdade real, no qual a posição de réu não significa nada além de uma oportuna objetificação do acusado, fez com que o meio de prova mais valioso fosse a confissão, pois assumida por quem detém, mais do que qualquer outra pessoa, a verdade dos fatos. Em paralelo, a confissão também extrai, no grau máximo, a validade da persecução conduzida pelo inquisidor. O sistema de prova tarifada é, portanto, típico ao modelo inquisitorial, que pretendemos, pelo menos no campo da consciência, afastar da práxis.

3.1.2 Da íntima convicção

Como superação do modelo inquisitorial da prova tarifada, surge o sistema da íntima convicção, transformando-se num contraponto contumaz da estrutura anterior. O Código Napoleônico, de 1808, foi o primeiro a trazer tal sistema de valoração probatória. Ao revés da prova tarifada, a íntima convicção (ou certeza moral) deriva de uma presunção de racionalidade do julgador, que seria imbuído de máximas de experiência⁵¹ e de uma concepção justa do processo penal, não devendo, para tanto, motivar suas decisões.

Tal modelo se fixou, portanto, em outro extremo, caracterizado pela plena discricionariedade do julgador, transferindo o âmbito de poder exercido no processo do Legislativo para o Judiciário. Todavia, o conceito de verdade da inquisição, nesse ponto, não foi abandonado, uma vez que o magistrado, objetivando reconstruir os fatos, poderia, inclusive, utilizar provas que não foram produzidas no âmbito do processo ou, para além, atuar de maneira política, sempre protegido pelo manto da íntima convicção.

O sistema da certeza moral é construído através de uma concepção kantiana de eticidade do Estado. Outrossim, em modelos de ciência processual, no qual se foge, até certo ponto, da epistemologia ocidental, observa-se, também, uma releitura do modelo a partir de outras bases. É nesse ínterim que vale recorrer à clássica obra sobre teoria da prova no direito soviético, do

51 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 28.

jurista Andrei Vishinski, produzida no período stalinista. O aludido autor afirma, através do rechaço à concepção formalista (ou processual) da verdade, pois incompatível com o método dialético marxista, que a íntima convicção seria a materialização da vontade do povo pelo juiz, o qual deteria uma consciência socialista, calcada nos preceitos da revolução de outubro⁵².

Así, pues, la convicción íntima del juez, apoyada em la conciencia socialista del derecho, constituye ya desde el primer año de la Revolución proletaria el principio dominante que determina la orientación de la política judicial soviética, los fundamentos y condiciones para la aplicación, interpretación y complementación de las leyes soviéticas.

Tal visão que, ao meu ver, é claramente reducionista, expõe que o discurso soviético, calcado não nos preceitos filosóficos liberais, mas, pretensamente, na dialética marxista, era apenas uma releitura, com suposta base no materialismo histórico, de uma superioridade ética dos que detinham o monopólio da razão, na URSS tratada como consciência de classe.

Fato é que já superamos, ao menos na cultura ocidental, a íntima convicção, que, como vimos, se justifica pelas mesma linguagem inquisitorial. Todavia, ainda subsiste, no direito brasileiro, tal modelo, no que concerne, de modo específico, ao Tribunal do Júri, no qual não se exige aos jurados a motivação da condenação ou da absolvição, que, indo de encontro à principiologia processual penal do Estado Democrático de Direito, pode decidir sobre a vida do acusado por motivos, inclusive, extraprocessuais, tendo em vista todos os fatores externos que influenciam o pensamento e, conseqüentemente, a escolha do jurado. Trata-se de um caminho aberto para a aplicação do direito penal do autor, pois no Júri, por mais que coexistam regras de harmonia com os parâmetros constitucionais, acolhem-se jurados que podem, eventualmente, decidir com base em preconceitos étnicos, de gênero, de orientação sexual, de classe etc, sem a necessidade de externar isso. Por isso, entende-se que o modo como se constrói o Tribunal do Júri não passa pela filtragem constitucional que promove o sistema acusatório, por ferir o princípio, hoje irrenunciável, do livre convencimento motivado, que será, agora, abordado.

3.1.3 Do livre convencimento motivado

52 VISHINSKI, Andrei. **La teoría de la prueba em el derecho penal soviético**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america. 1951. Pag. 199.

Localizando-se no centro dos extremos tratados acima, o livre convencimento motivado se opõe tanto às limitações normativas no que se refere ao valor dos meios de prova quanto ao decisionismo arbitrário do modo de convencimento íntimo. É preciso, agora, analisar o alcance da liberdade que o julgador possui nesse modelo de valoração. Nas palavras de LOPES JR.:

Ela se refere não à submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesma à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo. (LOPES JR, 2016, p. 382)

A liberdade do julgador em valorar os meios de prova de acordo com sua convicção, formada através da ritualização dialética do processo acusatório, com a gestão das provas incumbida às partes, deriva da incompatibilidade da tarifação dessas provas, posto que cada meio de prova possui um valor relativo, atribuído de acordo com a complexidade que engloba as narrativas sobre os fatos. Todavia, a liberdade de decisão do juiz deve estar adstrita à alguma forma de controle *a posteriori*, pois, no modelo de livre convicção motivada, extirpa-se o decisionismo. Diante disso, na Constituição da República, no artigo 93, inciso IX, está disposta a exigência de fundamentação de todas as decisões, o que acarreta no dever de motivação das decisões tomadas, sobretudo daquela que trata da liberdade de um ser humano. A convicção, de certo modo, é racionalizada na motivação.

É, portanto, o único modelo que se compatibiliza com a estrutura do sistema acusatório e com o processo como construção dialética. Mas, como ainda guardamos – e muito – tradições inquisitoriais, o livre convencimento motivado pode se tornar uma arma política na mão de quem possui interesse e retórica suficiente para dar a decisão uma natureza racional, mesmo que englobe elementos não discursivos, incluídos nas lacunas da linguagem judicial como justificação daquilo que é *latente*. Por isso, urge necessário tecer algumas críticas ao modo de construção e aplicação desse modelo de valoração, que, ao meu ver, tem na sua conceituação visível insuficiência prática.

Na concepção de CASARA, em que se tem por base uma crítica ao realismo jurídico e clara influência da psicanálise, o livre convencimento motivado é, como veremos, um mito, ou,

nas palavras de Lacan, “um enunciado do impossível”⁵³, pois vive por baixo do manto da tradição e do inconsciente do julgador quando da valoração da prova.

No campo filosófico, o livre convencimento motivado é uma institucionalização, no plano processual, da tentativa de racionalizar a atividade estatal, derivando do esquema lógico de sujeição direta entre sujeito e objeto, no qual o sujeito cria uma significação ao objeto, tido como preexistente. Tal formulação teórica, de matriz liberal, possui origem na chamada filosofia da consciência, estruturada, desde Platão, na busca da racionalização. É essa construção realista que promove a concepção de verdade, a qual deve ser entendida, em melhor sentido, como uma ambição de verdade.

Entretanto, a racionalidade objetivada pela epistemologia jurídica ocidental, pela qual se criou o citado modelo de valoração da prova, ignora, por completo, o *linguistic turn*, que a partir do estruturalismo e, mais intensamente, no pós-estruturalismo, com Derrida⁵⁴, Foucault, Deleuze entre outros, retirou do sujeito cartesiano, movido, em tese, por um ente interno cognitivo, o fundamento do conhecimento, sendo este fundado pela linguagem. Em outras palavras, não há como se conceber um objeto sem que sua conceituação seja construída simbolicamente, pois tudo que pensamos como sendo a realidade nada mais é que uma convenção de nomes e conceitos. Sendo assim, todo objeto ou ente externo à linguagem é, por nós, inconcebível, quando não imediata e oportunamente estruturado por ela própria.

O pensamento do juiz, como já visto, não é puramente racional – e sequer existe essa possibilidade. A superação da filosofia do conhecimento, atrelada ao nascimento da psicanálise, segundo CASARA, faz que com que a análise do presente trabalho, focado, principalmente, na valoração da prova, não se limite à uma visão estritamente jurídica do fenômeno. Isto porque, ainda de acordo com o pensamento do autor sobre mitologia processual penal, o livre convencimento motivado esconde a tradição e o inconsciente como elementos de formação da convicção do magistrado.

53 CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag. 183.

54 Derrida concebe a filosofia tradicional sobre a linguagem como núcleo metafísico do pensamento ocidental.

A tradição, como veremos nos subcapítulos seguintes, se perfaz pelas máximas de experiência do sujeito, que, somadas ao inconsciente, onde se originam as pulsões, fazem com que este último se manifeste nas descontinuidades da lógica racional, isto é, nas lacunas da interpretação do objeto pelo sujeito. Pela fenda aberta na rachadura do sujeito⁵⁵. Tais formulações complexas que vão além da estrutura cognitiva palpável podem resultar na imersão, pela linguagem, de preconceitos, concepções, paranoias etc.

Reconhecer, portanto, a fragilidade do conceito de livre convencimento motivado, assim como seu caráter mitológico, haja vista a apresentação de elementos não discursivos que, não raro, caem no campo da metafísica, é estabelecer uma visão do juiz como ser-no-mundo, dotado de experiências únicas. Isso nos permite, agora, abordar a questão da valoração da prova de modo mais abrangente, estabelecendo enfoques de análise que vão além dos silogismos típicos da epistemologia jurídica, sem, contudo, deixar de crer no valor histórico do sistema da livre convicção, originado com base na necessidade de democracia.

3.2 Enfoques de estudo da valoração da prova

Consoante o formulado acima, ao estudo da valoração da prova importa analisar o pensamento do juiz e as circunstâncias que o influenciam, para compreender como se relaciona com as diferentes provas a fim de chegar, em tese, o mais próximo possível da verdade, dentro da sua livre apreciação. Não é segredo, contudo, que a complexidade do tema vai além das limitações do silogismo jurídico-histórico e da simples filosofia da consciência. Sendo, por isso, necessário se reportar à uma transdisciplinariedade.

Antes de adentrar no aludido capítulo, cabe sublinhar, todavia, que nem todos as fontes de análise rompem com o paradigma cartesiano da epistemologia ocidental, até porque é necessário se estudar o tema por diversos enfoques, os quais funcionam, de certo modo, como ferramentas analíticas e de construções alternativas para a superação de problemas históricos, mormente relacionados às sobras culturais da inquisição.

3.2.1 Enfoque jurídico

55 CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2015. Pag. 183.

De início, vale tecer algumas considerações sobre o tema corrente, aqui, para que se possa situar algumas conceituações no corpo do texto. Dito assim, urge, agora, seguir o passo do Professor Jordi Nieva Fenoll⁵⁶, que pontua uma significativa crítica à doutrina que separa os momentos de valoração da prova, sobretudo no que concerne ao entendimento de CALAMANDREI⁵⁷, uma vez que este afirma que há um momento de interpretação dos resultados dos meios de prova e sua posterior valoração. Essa divisão temporal, que segue, analogicamente, a construção de DOMINGUEZ⁵⁸, segundo o autor, reduziria a cognição judicial, que não observaria a possibilidade de valoração da prova antes, inclusive, do exercício dos meios de prova. Diante disso, verifica-se – como será detalhado doravante - que a distinção entre esses momentos apenas tem espaço no mundo das ideias.

Superada a questão sobre os momentos de valoração, situa-se o conceito de valoração como a atividade de percepção, por parte do juiz, dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo.

Como já exposto nos tópicos acima, sobre os sistemas de valoração da prova, cada um deles possui uma particularidade, relacionada, em última instância, à abertura e às limitações de poder dados ao juiz. Nesse sentido, os sistemas representam o todo da atividade julgadora, que, não raro, comportam exceções que tentam, de alguma forma, racionalizar previamente a atividade probatória. Mesmo no nosso sistema de livre convencimento motivado, há, por exemplo, a previsão de produção de prova por meio de exame de corpo de delito em infração que, por excelência, deixar vestígio, não podendo a confissão suprir essa prova. Verifica-se que apesar de ser um elemento de prova legal, predisposto pelo legislador, para orientar a atividade do juiz, possui uma característica racionalizadora da punição, onde se atribui, de certa forma, valor inferior à confissão, prova mestra do sistema inquisitorial.

Todavia, segundo FENOLL⁵⁹, não há como ir mais além, no enfoque estritamente jurídico, sobre como o juiz valora a prova. Isto é, essa fonte de estudo se limita a analisar as normas de

56 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 32.

57 *Ibidem*, pag. 32.

58 *Ibidem*, pag. 32.

59 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 96.

orientação da atividade probatória, bem àquelas que alargam a discricionariedade do juiz, e os efeitos declamados na jurisprudência. Isso explica-se, pois, quando se trata da cognição probatória, abordam-se dois pontos de vista: verificação da construção do raciocínio judicial e as circunstâncias que influem, direta ou indiretamente, nessa construção. E nesse segundo ponto - essencial para o todo da recongnição feita através das provas - é onde se situam elementos que estão fora da linha de alcance do enfoque jurídico, pois transitam, a priori, nos campos psicológicos e sociológicos.

Por tanto, cuando se habla de «enfoque estrictamente jurídico» en la valoración de la prueba, es difícil saber a qué se refieren los autores si no es a describir una y otra vez el sistema de valoración libre y el legal, explicando las normas existentes que disciplinan el procedimiento y la admisibilidad de pruebas y añadiendo que no se prueban hechos, sino afirmaciones sobre los hechos.

Diante disso, mais importante, se se quer chegar a um raciocínio que minimamente encontre explicações mais fundadas da sentença penal, é focar na análise de outras circunstâncias que, ou tentam estruturar uma racionalidade concreta à valoração da prova ou que identificam introjeções de subjetividades no juiz que - ao revés da cultura de endeusamento do Poder Judiciário, transformado em superego da sociedade⁶⁰ - é, como nós, ser-no-mundo, moldado, também, por pulsões e descontinuidades, sendo imperfeito na essência, dotado de preconceitos, de interesses ocultos, de instintos antirracionais.

3.2.2 Enfoque epistemológico ou gnosiológico

A valoração da prova, em síntese, consiste no grau de importância que o julgador fornece, por meio de um raciocínio lógico e procedimental, ao material que corrobora a narrativa sobre um fato, considerado, no contexto processual, como uma hipótese sobre a verdade buscada. A epistemologia, por sua vez, trata-se da ciência sobre os esquemas internos de pensamento, que ordenada e sistematicamente, conduzem à conclusão sobre determinada hipótese. É, então, a contribuição fundamental da filosofia na construção das formulações científicas.

60 MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Revista Novos Estudos – CEBRAP. Nº 58. São Paulo. 2000.

Com efeito, vale ressaltar que o processo, como um todo, mesmo o civil, nada mais é do que uma construção epistemológica, um ente epistêmico que constrói um modelo, com específico método de conhecimento dos fatos, baseados na narrativa sobre eles, através do raciocínio sobre as provas. TARUFFO, nesse sentido, expõe que:

Em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a veracidade das conclusões. No âmbito do processo isso equivale a fazer referência sobretudo às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao ‘direito das provas’ e à equivalente noção anglo -americana de *law of evidence*.⁶¹

As principais divagações e conceituações de prova, em ciência, advém de uma concepção realista do conhecimento. É majoritária, a epistemologia realista, em todos os aspectos da cultura ocidental e representa um paradigma da construção do nosso modelo social. Introjada pela filosofia do conhecimento, do sujeito cartesiano, trata o mundo como objeto disponível para análise do sujeito, tido, pois, como observador neutro.

Esse objetivo racional de busca da verdade é concebido, na filosofia do conhecimento, através dos silogismos, retidos nas inferências do campo de análise entre sujeito-investigador e objeto-investigado, dentro de determinada realidade prévia tanto ao sujeito como ao objeto.

Essa relação intrínseca entre verdade e prova, concebida pelo racionalismo epistemológico, necessita da produção de inferências. Todavia, ao longo do tempo foi visto que os métodos de inferência são insuficientes, por si, na valoração das provas de fato – leia-se da valoração das provas dos enunciados de fato. Isso se dá em virtude da impossibilidade de, por meio de silogismos, verificar a validade da premissa menor (fato). Sob a mesma sombra se encaixa, também, a inutilidade da dedução e da indução na compreensão das máximas de experiência.

A prova surge, então, como demonstração, ou seja, como correspondência entre o que foi concebido pelo sujeito observador e dada realidade objetiva. O conhecimento do fato, nesse

61 TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Pag. 160.

ínterim, é tratado como revelação daquilo que o mundo dispõe. Como o mundo não dispõe de todos os elementos aptos a se chegar numa verdade absoluta, a prova é a evidência de uma verdade correspondente, que quanto mais dados lhe constituírem, mais próxima de uma realidade conclusiva ela levará.

Em razão da impossibilidade de percepção de uma verdade ontológica, a doutrina realista passou a defender a noção de probabilidade, a partir de concepções empiristas. Todavia, o giro paradigmático que introduziu a linguagem no centro da epistemologia fez com que os enunciados linguísticos sobre os fatos se tornassem elementos indissociáveis de qualquer pretensão cognitiva.

COHEN, nesse cenário, por mais que tenha analisado a probabilidade a partir de uma noção empirista, desenvolveu a teoria mais aceita no campo probatório, a chamada ***probabilidade indutiva***. Trata-se de um método não quantitativo, mediante relações lógicas entre proposições, buscando conferir um grau de confirmação dos elementos de prova que se prestam a corroborar às hipóteses sobre o fato. Sobre tal tema, segue trecho da tese de SILVEIRA:

A confiança na inferência aumenta na medida que a hipótese vai superando controles probatórios. Tanto a hipótese levantada, quanto suas contrárias iniciam como meras suspeitas não comprovadas, que passam a ser confiáveis na medida que se tornam possíveis confirmações a partir dos dados verificados. Quanto mais o observador souber sobre os fatores relevantes à confirmação da hipótese, maior será o sucesso de suas análises. O grau de probabilidade atribuído às hipóteses aumenta na proporção da confiabilidade oferecida por seus elementos. (SILVEIRA, 2011, p. 88)

Cohen, nas palavras de FENOLL⁶², conceitua a probabilidade “*en sentido de que el resultado de la misma sea demostrable*.” Em outras palavras, com a frequente impossibilidade de se obter uma prova dita direta, a teoria propõe que se capte, ao menos, uma convicção, a partir da colheita gradual de dados confirmatórios⁶³, de que não há uma razoável possibilidade de ter ocorrido o contrário da hipótese presumida mediante as máximas de experiência.

62 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 102.

63 SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Prova, argumento e decisão**: Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. São Paulo: USP, 2011. Tese (Doutorado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Pag. 87.

Alargando o conceito para, especificamente, o campo da valoração probatória, Gascón Abellán, admite, sob a mesma ótica, somente o fato através de um grau de confirmação, isto é, que os indícios e as conclusões que estes fatos conduzem sejam plenamente corroborados, seguindo, para isso, o mesmo método de refutação de COHEN.⁶⁴ Nesse contexto, ABELLÁN recusa, de início, a infalibilidade e, por consequência, trabalha com a ideia de verossimilhança do grau de confirmação, que se mediria através de um esquema lógico.

O esquema de ABELLÁN⁶⁵, em resumo, trata do grau de *confirmação* da hipótese, que seria maior ou menor de acordo com: (i) seu fundamento cognoscitivo induzido pelas máximas de experiência; (ii) a qualidade epistemológica das provas confirmatórias, isto é, o juízo deve ultrapassar, com a colheita de dados, a mera existência da hipótese; (iii) o número de passos inferenciais que se toma para chegar à dada conclusão, ou seja, o número de conclusões intermediárias e; (iv) a quantidade e variedade de provas ou confirmações, que dariam, assim, mais legitimidade para corroborar a hipótese.

Ferrer Beltrán, por sua vez, seguindo a mesma linha da probabilidade indutiva, centraliza sua análise na *formulação* da hipótese. Diante, portanto, de uma formulação hipotética (H), no processo, o passo seguinte é contrastá-la a partir de um conhecimento prévio existente, chamado por BELTRÁN de supostos auxiliares (SA), para que, assim, torne-se possível conceber uma previsão (P). Soma-se a isso, ainda, a necessidade de verificar fatos condicionantes particulares que permitem a previsão, os quais seriam as condições iniciais (CI).⁶⁶

Para fugir um pouco da abstração conceitual, convém, a título de exemplo, citar o caso fictício formulado por SILVEIRA.⁶⁷ Em determinado rito investigatório, formula-se a hipótese de que Malu seria autora de um disparo de arma de fogo (H); quem atira, normalmente, possui pólvora na mão (SA); Malu não teria usado luvas na hora do disparo (CI). Diante disso, chega-

⁶⁴ FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 103.

⁶⁵ Ibidem, Pag. 103.

⁶⁶ SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Prova, argumento e decisão: Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro**. São Paulo: USP, 2011. Tese (Doutorado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Pag. 89.

⁶⁷ Ibidem, Pag. 89.

se ao resultado inferencial de que Malu, ao que tudo indica, teria pólvora nas mãos (P). Portanto, a avaliação dos suportes auxiliares e das condições iniciais que dariam confiabilidade à hipótese, além de respaldar ou não a previsão⁶⁸.

Os supostos auxiliares (SA), nesse ambiente, seriam resultados das máximas de experiência, tais como generalizações empíricas. Dessa forma, como dito por SILVEIRA⁶⁹, “as hipóteses vinculam aquele que as sustenta”, o que confere, invariavelmente, uma dimensão retórica à esta. Conclui-se, nesse ponto, que H e SA e CI é igual a provavelmente P, haja vista que não mais se trabalha com a noção de verdade absoluta, decerto que também não se exige uma infalibilidade. No mais, o controle destas hipóteses é feito pela possibilidade de inclusão de outras alternativas, capazes ou não de descaracterizar as previsões (P).

Diversas outras abordagens epistemológicas e reelaborações silogísticas podem ser visualizadas na doutrina processual que, apesar de não caber descrever no presente trabalho, possuem relevância enorme na racionalização sobretudo da persecução penal. O processo penal como ente epistêmico roga por uma lógica fixa, com o fim principal de negar a possibilidade de arbítrio dentro de seu âmbito discursivo.

Ante o exposto, em específico, vislumbra-se que a principal utilidade do enfoque epistemológico da valoração da prova, sem dúvida, é otimização da motivação do juiz, que deve explicar ordenada e detalhadamente a construção do raciocínio probatório, convencendo não só os destinatários da sentença, mas, fundamentalmente, ele mesmo quanto à razoabilidade das suas conclusões.

Sem embargos, ainda que a orientação epistemológica seja imprescindível, ela não é suficiente quando não observados, em princípio, as máximas de experiência que conduzem a verificação dos indícios, onde se ainda guarda certo grau de subjetividade no julgador. Por isso,

68 Ibidem, Pag. 89.

69 SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Prova, argumento e decisão: Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro**. São Paulo: USP, 2011. Tese (Doutorado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Pag. 91

as conclusões do enfoque epistemológico precisam ser complementadas com outros enfoques, principalmente aqueles guardam íntima relação com o foro íntimo do juiz.

3.2.3 Enfoque psicológico e psicanalítico

Como já delineado nos tópicos anteriores, as chamadas máximas de experiência são elementos de suma importância no raciocínio judicial. Diante da incapacidade de um enfoque jurídico ou mesmo epistemológico da valoração da prova entender os contornos das experiências vividas pelo julgador que, conseqüentemente, conduzem os cálculos feitos a respeito das provas sobre os fatos, deve-se recorrer à psicologia e à psicanálise para orientar, por diferentes bases (consciente e inconsciente), as explicações sobre o que não é palpável no raciocínio probatório.

De início, o tema será abordado pela fórmula da psicologia cognitiva, formada nas mesmas bases da lógica cartesiana, do *cogito ergo sum*, isto é, nos limites da consciência. Nesse cenário, serão identificados alguns modos de análise que, no campo da psicologia, podem auxiliar no entendimento das construções subjetivas do ser do julgador.

A primeira teoria de relevância a ser tratada aqui é a dos modelos mentais. Mais do que construir um modelo lógico de raciocínio, de maneira organizada e sistemática, com graus validáveis de inferências, o ser humano, mais usualmente, se utiliza da percepção sensorial e da imaginação para formar a representação de um objeto, com base na memória acumulada ao longo de sua vida. Por isso, de acordo com a teoria dos modelos mentais, o ser humano não capta, diretamente, o mundo exterior, senão que constrói representações mentais internas – simbólicas - deste. É, em último grau, a forma como reconhecemos aquilo que percebemos.

Dessa maneira, para reconhecermos um objeto percebido, formulamos, com base na cultura geral prévia, um modelo mental. Caso não seja suficiente para identificar o objeto de análise, podemos formular um ou mais modelos mentais alternativos. Infere-se, portanto, que quando se recorre a um único modelo mental, dá-se por certo que este é único ontologicamente referenciado, dando natureza de verdade ao objeto percebido.

A teoria, portanto, parece relevante ao mostrar que a cada narrativa sobre um fato, feito pelas partes, o juiz cria, no seu processo de raciocínio, um modelo mental que, por inferência, pode ser ou não validado. Assim, FENOLL, sublinha que “*esta teoría arroja tres predicciones que son muy útiles para la materia que nos ocupa, y que pueden parecer obviedades en una primera lectura, pero que no lo son en realidad.*”⁷⁰ As três premissas indicadas pelo professor espanhol dizem respeito à: (i) quanto mais modelos se deduzem dos indícios, mais difícil será achar o modelo correto; (ii) as conclusões erradas tendem a se combinar com as premissas deduzidas, pois outros modelos alternativos foram deixados de lado, e estes poderiam demonstrar a falsidade de tal conclusão; (iii) o conhecimento prévio do julgador pode interferir no processo inferencial, quando se verifica uma conclusão, de pronto, como crível, deixando de lado, conseqüentemente, os modelos mentais alternativos, sendo mais provável o erro. Este último predicado se mostra como o maior responsável pelos erros na valoração da prova.⁷¹

Muitos equívocos no momento da valoração da prova são decorrentes da crença absoluta do juiz na construção do seu modelo mental sobre determinado fato, pois suas máximas de experiência não conduzem a interpretações alternativas sobre sua percepção. Os modelos mentais, todavia, não explicam o porquê da escolha do juiz por um ou outro modelo em detrimento da possibilidade de novas formulações. Isso será abordado, mais detalhadamente, por outras teorias psicológicas e psicanalíticas.

Em retomada dos modelos mentais, FENOLL⁷², citando e contextualizando para a lógica da valoração da prova Johnson-Laird, autor que trabalha a teoria no prisma da psicologia, demonstra como a utilização equivocada de modelos mentais conduzem, normalmente, aos erros no raciocínio probatório. Aduz-se que, para validar um raciocínio indutivo – como normalmente é o probatório – é necessário confirmar as premissas e calcular a força do grau de inferência, para conduzir a decisão ao devido *standart* que dela se exige. Todavia, sustenta-se que o ser humano, habitualmente, limita-se ao primeiro passo, não conferindo importância devida ao nível da inferência que o fez chegar a tal conclusão.

70 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 115.

71 FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 115.

72 Ibidem, Pag. 116.

Dessa forma, para confirmar um modelo mental de forma mais efetiva, deve ser o feito o cálculo das inferências, seguindo dois passos: (i) verificar se uma conclusão válida resulta verdadeira quando em determinado contexto as premissas são verdadeiras e, (ii) se imaginarmos outros contextos em que as premissas são válidas, mas as conclusões errôneas, a inferência será mais fraca; por outro lado, se não for possível imaginar outros contextos, a inferência será mais sólida.

Segundo, novamente, FENOLL, em que pese a grande valia da teoria dos modelos mentais, que englobando raciocínios dedutivos e indutivos, explica o raciocínio humano no contexto do cotidiano - o qual, por analogia, se aplica logicamente ao modo de pensar do magistrado no bojo do processo -, não se consegue, por uma limitação do ser, identificar todos os modelos mentais alternativos, restando a utilidade apenas de verificar o grau de confirmação de uma hipótese.

Sem embargos, não é somente a crença do julgador em eleger como certo um modelo mental sem a assunção de outros e sem um básico cálculo do grau de inferência que torna limitada tal teoria. Há, sobretudo, o perigo do excesso de imaginação e do uso da retórica como ente manipulador da prova em favor de dada percepção. Nesse sentido, vale apresentar, mais uma vez, o pensamento de FENOLL.

El mayor peligro que personalmente percibo en la misma es que un exceso de imaginación y retórica construya modelos mentales perfectamente plausibles que conduzcan a la desestimación de una hipótesis perfectamente razonable, simplemente porque dichos modelos mentales sean presentados de una forma retóricamente correcta.(FENOLL, 2010, p. 119)

A abordagem de Jordi Nieva Fenoll sobre o enfoque psicológico da valoração da prova, ajuda, também, a compreender os vácuos deixados pela teoria dos modelos mentais. Assim, o autor traz ao campo probatório outra teoria da psicologia, que são os heurísticos, utilizados, especialmente, no âmbito da economia⁷³. Trata-se da observação do homem que, nas suas

⁷³ Vale ressaltar que a teoria foi responsável por conceder a Daniel Kahneman o prêmio Nobel de economia de 2002, cf. FENOLL, 2010, pag. 120.

relações cotidianas, vê a necessidade de simplificar a realidade, com a operacionalização de princípios básicos, que dispõe sobre a probabilidade de uma decisão ser ou não correta. Os heurísticos são, portanto, simplificações do pensamento.

Essas simplificações do raciocínio são importantes nas relações cotidianas, pois, necessariamente, nas nossas vidas, precisamos tomar decisões rápidas mesmo que em situação de complexidade das premissas, para concluir algo que seja adequado, ainda que imperfeito. É pressuposto, portanto, que erros podem decorrer da utilização de heurísticos, não raro direcionando esses erros a formação de “*sesgos*”, segundo o Professor Jordi Nieva Fenoll - ao português será traduzido como “vieses”, no sentido de “inclinação”, “obliquidade”. Esses vieses são, por excelência, uma tendência sistemática de violação de alguma forma de racionalidade teoricamente predominante, sendo limitativos da tomada de decisões racionais.

O primeiro heurístico descrito na obra de FENOLL é o da representatividade, que consiste na tomada de decisões com base naquilo que já ocorreu em uma situação similar, com o interlocutor ou com terceiro, e que a tomada de determinada decisão conduziu ao êxito, ou, no mesmo raciocínio, outra decisão que não a já exitosa, conduziu ao erro. Esse modelo faz com que se recorra a situações passadas, o que é bastante elucidativo quando investigado o porquê de pessoas investirem em determinado negócio, pois aquilo teria rendido frutos a ela ou a outro (com algum grau de representatividade) em determinado momento do passado (onde se possui alguma semelhança contextual).

A representatividade, porém, pode levar o juiz a valorar dados que não tem relação com o caso concreto, pois busca uma representação passada que pode, não raro, fazê-lo associar determinadas características ao caso específico, que, ontologicamente, possui suas particularidades. Pode resultar disso, como consequência, a valoração de antecedentes, etnia, bairro em que reside etc, o que configura uma visão de direito penal do autor, não condizente com a realidade do Estado Democrático de Direito.

Outro heurístico que pode ser identificado é da *availability*, traduzido ao espanhol como *accesibilidad*. Todavia, faz mais sentido, em nossa língua, para evitar confusões conceituais com o heurístico acima, traduzir para “disponibilidade”. Dessa maneira, o heurístico da

disponibilidade é forma como as pessoas, no geral, simplificam o raciocínio para julgar a frequência ou a probabilidade de um fenômeno pela facilidade com que exemplos similares ocorrem na mente do interlocutor, ou seja, pela disponibilidade de se recorrer a tal memória mais rapidamente.

Pode decorrer deste heurístico, no entanto, o viés da “correlação ilusória”, o qual, nas palavras de FENOLL, consiste “*en asociar una cualidad a un sujeto o una cosa por una característica que posee.*”⁷⁴ A título de exemplo, o mesmo autor afirma que é usual julgar uma pessoa que, por qualquer motivo, possui um olhar muito penetrante, fora do normal, ou com olhares perdidos, como sendo pessoas que possuam alguma patologia mental. E isso, como sabemos, não é indicativo de doença mental, derivando o raciocínio apenas da correlação feita a partir da memória associativa disponível.

Um outro importante heurístico – talvez o que mais se relacione com o processo penal – é o da “ancoragem”. Trata-se, em síntese, da observação dos indícios e de uma tomada prévia de decisão – baseada unicamente nesses indícios - caracterizada apenas por uma ideia conclusiva. O ser humano, de certa maneira, tende a fazer estimativas a partir de um valor inicial, dado de modo não silogístico, que é ajustado para produzir a resposta final. O heurístico se relaciona à teoria da dissonância cognitiva, que é basicamente a utilização de mecanismos de defesa do ego.

Em brevíssima síntese, a teoria da dissonância cognitiva, elaborada por Leon Festinger, em 1957, aponta para a tendência do homem de procurar determinada coerência entre suas cognições, entendidas na seara do conhecimento, da opinião ou da crença. Essa busca por lógica entre a conclusão prévia e os elementos que deveriam corroborar a conclusão, podem, por vezes, produzir dissonâncias, que são resumidas à incoerência entre o que se busca e o que se é.

O heurístico da ancoragem, portanto, pode provocar, segundo FENOLL⁷⁵, três “*sesgos*”:

- (i) o excesso de confiança quanto à “*acertabilidad*” da decisão;
- (ii) a distorção egocêntrica, que se verifica na crença de que todos devem pensar como ele e;
- (iii) a perseverança na crença

⁷⁴ FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 123.

⁷⁵ FENOLL, Jordi Nieve. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010. Pag. 124.

e a distorção de confirmação, quando o sujeito está tão convencido que não muda de ideia mesmo com a superveniência de fatos dissonantes.

Muito embora existam outros heurísticos e vieses capazes de explicar, de alguma forma, o pensamento do juiz frente ao raciocínio probatório, cabe, agora, dar um giro epistemológico na análise das subjetividades que compõe a decisão judicial. Trata-se das implicações da psicanálise da valoração probatória.

Em contraposição ao sujeito cartesiano, a psicanálise surgiu como a recusa a centralidade da consciência na vida psíquica, sendo esta apenas um elemento dela. Ao infringir uma intensa ferida no narcisismo do saber ocidental ⁷⁶, Freud, de alguma forma, retirou a razão e a consciência dos pilares que sustentavam a teoria do conhecimento racionalista.

Nessa perspectiva, o ser passa a ser compreendido, também, como ser que deseja e não só pensa, destituído de parâmetros lógicos de explicação, mas clivado pelo inconsciente, materializado por tudo aquilo que a filosofia do conhecimento recusou no homem. Essa configuração do inconsciente faz com que se redirecione a análise para a psique e sua complexidade, transversal ou oposta, por vezes, aquilo que se tem, conscientemente, como verdade.⁷⁷

Sob essa mesma perspectiva, o poema O Outro, de Carlos Drummond de Andrade, com uma sensibilidade única, exprime essa condição humana: “(...) A verdade essencial / é o desconhecido que me habita / e a cada amanhecer me dá um soco”.

Entrelaçado, também, no discurso científico, o processo penal não pode se abster de encarar essa mudança ôntica a fim de que se reproduzam ferramentas que desconsiderem que o

⁷⁶ MELCHIOR, Antônio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: o sintoma político do processo penal democrático**. Rio de Janeiro: 2012. Pag. 24.

⁷⁷ MELCHIOR, Antônio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: o sintoma político do processo penal democrático**. Rio de Janeiro: 2012. Pag. 24.

ser do juiz é formado, para além da racionalidade, de pulsões e recalques.⁷⁸ Nesse ínterim, vale citar notável trecho da obra de MELCHIOR:

A concepção de Freud não pretende opor, dentro do próprio homem, um inconsciente caótico em conflito com um consciente ordenado e hígido, mas tão somente buscar a diferenciação, na esfera do psíquico, entre um e outro. Não se trata, portanto, de construir um horizonte perturbador da inconsciência, mas demonstrar, sob a perspectiva psicanalítica, que a essência do psíquico não se localiza na consciência, sendo esta apenas uma de suas qualidades imanentes. Em poucas palavras, Freud rompe com a concepção tradicional de subjetividade que a identifica com a consciência e é dominada pela razão. (MELCHIOR, 2012, p. 26)

A psicanálise, portanto, quando tratou de fenômenos com relevância da dinâmica psíquica, demonstrou que existem processos internos ou ideias que, embora não pertençam ao bojo limitativo da consciência, podem trazer efeitos significativos na psique, podendo torná-los, pela linguagem, conscientes, posto que há, necessariamente uma força se movendo na direção contrária.

A intenção, aqui, por óbvio, não é esgotar o tema – o que seria, por sinal, impossível. É, apenas, descrever que, de acordo com a teoria psicanalítica, há que se superar a lógica de neutralidade que dirigiu o sujeito cartesiano, racional, tendo em vista que essa neutralidade negou o próprio o homem. Trata-se da destituição do juiz como sendo uma espécie de super-homem, dotado do monopólio do saber jurídico⁷⁹ e, logo, da legitimidade de expor, com seu saber neutro, a melhor solução que pacifique as relações sociais dos meros mortais.

Portanto, é olhando para o desejo, o recalque, as pulsões, como formadores da complexidade do ser que se possibilita o acesso às lacunas do discurso processual penal, que nas suas rupturas insere os efeitos do inconsciente.

Vê se que o temor presente na subjetividade da nossa sociedade quanto à violência, que permite a intensificação do discurso do medo, bem como seus efeitos no grande encarceramento vivido, mais do que nunca, pela sociedade brasileira, gera efeitos inconscientes inclusive nos

⁷⁸ MELCHIOR, Antônio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: o sintoma político do processo penal democrático**. Rio de Janeiro: 2012. Pag. 26.

⁷⁹ Vale analisar a correspondência com as bases epistemológicas que criaram o conceito de íntimo convencimento do juiz, justo no momento de ascensão da racionalidade política da modernidade.

operadores do direito. Essa contaminação psíquica⁸⁰ afeta toda a estrutura epistemológica do processo penal, baseada na busca da imparcialidade. Entretanto, notadamente essa estruturação foi feita sem a inserção dos elementos do inconsciente, o que gera uma evidente imprecisão no discurso, utilizado como maquiagem para aquilo que não foi dito. Nessa esteira, assevera Agostinho Ramalho⁸¹: “Toda a fala é acompanhada de um cortejo de silêncios, que tem uma enorme eloquência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz”.

MELCHIOR⁸² muito bem analisa, citando ZIZEK⁸³, ao falar de atos de comunicação, que, quanto ao inconsciente, não basta apenas analisar a comunicação, mas o próprio ato, em si, de comunicação, pois sabe-se que “o significado de cada ato de comunicação é também afirmar que ele é um ato de comunicação”. Em perfeita analogia, mostra-se que quando se trata do princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz-ator), não importa tanto o fato em si, mas o próprio desejo de gerir a prova. A afirmação do Juiz-Ator. Esse desejo, advindo do inconsciente, relaciona-se com o desejo de combater aquilo que é temido. É, assim, uma forma não verificada, pela racionalidade processual, de quebra da estrutura de defesa da imparcialidade.

Esse desejo se completa com o desejo de verdade, único apto a descobrir como neutralizar o temor, materializado, também inconscientemente, na figura do acusado. Daí se desenvolve o objeto central, neste estudo, da abordagem da psicanálise no campo da valoração probatória: o problema do *quadro mental paranoico*.

80 MELCHIOR, Antônio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: o sintoma político do processo penal democrático**. Rio de Janeiro: 2012. Pag. 149.

81 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. Nº 21. São Paulo. 1994. Pag. 48.

82 MELCHIOR, **Op. Cit.**, Pag. 146.

83 “Lembremos a velha história de um operário suspeito de furto: toda noite, quando ele deixava a fábrica, o carrinho de mão que ele empurrava à frente de si era cuidadosamente inspecionado, mas os guardas não conseguiam encontrar nada ali, estava sempre vazio. Até que eles se deram conta: o que o operário estava roubando eram carrinhos de mão. Essa peculiaridade reflexiva pertence à comunicação como tal: não devemos esquecer de incluir no conteúdo de um ato de comunicação o próprio ato, já que o significado de cada ato de comunicação é também afirmar que ele é um ato de comunicação. Esta é a primeira coisa a se ter em mente com relação ao modo como o inconsciente opera: a coisa não está escondida no carrinho de mão, ela é o próprio carrinho de mão”.- MELCHIOR, **Op. Cit.**, Pag. 146.

A patologia se dá pela inversão da lógica dialética de tomada de decisão no processo. O juiz, que no sistema inquisitório possui iniciativa probatória, e, por isso, vai atrás da prova, define uma hipótese de culpabilidade do agente investigado ou acusado – a depender da fase. A definição da hipótese opera, através do inconsciente, uma conclusão prévia sobre o fato, o qual vai ser buscada uma justificativa, agora, dentro do ritual do processo em contraditório, que funcionará sem a devida efetividade, uma vez que a decisão já foi tomada de antemão.

Trata-se, portanto, do primado (ou prevalência) das hipóteses sobre os fatos, como muito bem traçou Franco Cordeiro. PRADO⁸⁴, na mesma linha, afirma como é evidente que a iniciativa probatória do juiz antecipa a formação de um juízo, pois “a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar.” Em outras palavras, “quem procura sabe ao certo que pretende encontrar.”⁸⁵

Conclui-se, basicamente, que, em sintonia com o enfoque epistemológico, as abordagens psicológicas e psicanalíticas cobrem um vácuo deixado pela impossibilidade de observação das circunstâncias que, racionalmente ou não, influem nas tomadas de decisão do juiz, mormente relacionadas à comprovação das narrativas sobre os fatos. Assim, as máximas de experiência conseguem ser melhor analisadas.

A função do enfoque, nesses termos, é promover uma eficiência, referenciada constitucionalmente, da sentença penal, em que possamos diminuir, ao máximo, as brechas que transfiguram à imparcialidade e todas as outras garantias que circundam um processo penal que busque, de fato, limitar o arbítrio.

Contudo, as teorias sobre a psique humana não explicam todas as relações sociais que configuram o mundo resumida da sentença, onde o julgador externa a valoração da prova. Para isso, imprescindível, agora, é analisar o tema sobre o foco da sociologia, especialmente no campo que trata da ideologia.

84 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. Pag. 158.

85 Ibidem, Pag. 158.

3.2.4 Enfoque sociológico

Consoante visto no estudo dos outros enfoques, o problema central que afeta todas as abordagens e que impossibilita uma completude atinente aos campos subjetivos da atividade de valoração da prova, sem dúvida, é o estabelecimento do grau de confirmação das hipóteses, que, em regra, será confrontado com subjetividades do julgador. Ainda que não haja uma real possibilidade de se enfrentar, por completo, o fenômeno, o estudo pela via sociológica pode ser útil ao assumir que boa parte das chamadas “máximas de experiência” são manifestações ideológicas do juiz.

Como a ideologia será o centro da análise sociológica da valoração da prova, cabe, antes de mais nada, crivar seus conceitos para uma melhor abordagem teórica. A concepção ligada ao senso comum, de ideologia como conjunto de ideias que permeiam, no âmbito da consciência, um determinado assunto, concentra-se numa noção neutra do conceito. Por outro lado, uma concepção crítica, desenvolvida por Marx e pelos marxistas, na superação do idealismo pelo método materialista, centra-se, em resumo, no uso de ferramentas simbólicas em virtude da criação ou manutenção das relações de dominação. Vale, contudo, ressaltar que, mesmo em Marx, a concepção crítica da ideologia passa por diferentes momentos, sendo construída, primeiro, como uma noção puramente negativa, de falsa consciência, para depois assumir um papel mais aberto no espectro da luta de classes.

Nesse sentido, cabe citar um trecho da obra *Ideologia alemã*, de MARX E ENGELS⁸⁶, em que se descreve a relação metodológica e indissociável entre a ideologia e substrato material, isto é, a relação intrínseca entre produção de conhecimento e a organização socioeconômica:

A produção de ideias, de representações e da consciência está em primeiro lugar direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como emanção direta de seu comportamento material.

86 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pag. 18

No âmbito da valoração da prova, contudo, FENOLL utiliza o termo na concepção vulgar, como conjunto de ideias que dirigem a atuação do sujeito, neste caso, o juiz. Aduz que, muitas vezes, a afeição ideológica do julgador pode dirigir, de maneira clara ou subliminar, a forma como se valora determinado meio de prova ou, ainda, a possibilidade dessa valoração não mirar propriamente na prova, mas no sujeito em que a prova, de alguma forma, se conecta.

A ideologia, na visão neutra trazida pelo ilustre professor espanhol, reside no foro íntimo do julgador que, na maioria dos casos, não as expõe. Nesse cenário, a ideologia como atributo negativo da valoração se materializa quando um direcionamento interno – político por excelência – move o julgador no sentido contrário dos valores constitucionais (os quais o autor não trata como fator ideológico), funcionando como parâmetro negativo de quebra de uma pretensa neutralidade.

Por sua vez, Michel Foucault, ao tomar como centralidade da sua teoria a formação do sujeito, expõe as condições de criação das estruturas de poder. Nessa linha, apesar da substancial diferença na abordagem, ideologia no sentido marxista e a formação do discurso em Foucault possuem determinada simbiose conceitual.

Isso porque, a relação entre ideia e matéria, como concebida em Marx, ganha nova dimensão no pós-estruturalismo. Para FOUCAULT, o resultado da atração entre “pensamento” e “coisa” é transfigurado, no todo, pelo conceito de formação discursiva. Dessa forma, a enunciação não é mais a materialização de uma confusão conceitual relacionada à dominação, ou a exposição de um falso conhecimento, mas, sim, o ato de inserção do sujeito em uma instituição que, de certo modo, o domina. É a invasão do discurso no campo da realidade, como dispositivo⁸⁷ e, ao mesmo tempo, representação.

87 AGAMBEM, no estudo sobre o conceito de dispositivo segundo FOUCAULT, afere que o termo designa: “(i) um conjunto heterogêneo, linguístico e não-linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos; (ii) o dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se insere sempre numa relação de poder; (iii) como tal, resulta do cruzamento de relações de saber.” AGAMBEM, Giorgio. **O que é um dispositivo**. Tradução de Nilcéia Valdati. Florianópolis, 2005.

Essas divagações se mostram necessárias para mostrar como essa concepção de ideologia como óbice à atuação imparcial do julgador, que tem por objetivo final a preservação do dito Estado Democrático de Direito, está, também, caracterizada pela ideologia dominante em toda sua construção epistemológica.

Assim, o tema deve ser tratado com a devida sinceridade, para não apresentar, paradoxalmente, uma visão ideológica contra a própria formulação de “ideologia”. É nesse erro que residem propostas políticas absurdas que, negando a existência de uma ideologia dominante, criminalizam o discurso crítico, como se apenas este fosse imbuída de um ideário prévio. Essa defesa da neutralidade, em última instância, é a defesa do status quo dominante, o qual a naturalização de seus fatores, necessariamente, é constituída pelo discurso.

No âmbito processual, no entanto, o tema se revela importante para que se compreenda, por uma ótica abertamente política, que o juiz, não raro, deve agir em desacordo com seu pensamento para possibilitar um resultado mais “justo”. Essa concepção de justiça, por assim dizer, é resultante de um discurso racional de eliminação do ser em favor do todo, a partir da estruturação racionalista da filosofia moderna.

A motivação, no estudo de FENOLL, é o âmbito de análise da influência do pensamento social do juiz na valoração das hipóteses trazidas pelas partes. Essa visão de mundo pode ou não ser compatível com a ideologia dominante, mas, como o juiz apresenta o Estado, deve ele seguir o discurso no qual foi incumbido, sob pena de suas conclusões serem logicamente vulneráveis.

4. CONCLUSÃO

É cediço que, no atual panorama político-constitucional, novos paradigmas estão emergindo, ressignificando o que até então parecia ser absoluto, irretocável. O discurso liberal como sustentação dos valores que a Constituição da República assegura vem se mostrando, sobretudo nos últimos tempos, frágil e incapaz de frear os instrumentos utilitaristas, os quais, como sabemos, surgem de tempo em tempo para atender a interesses pretensamente ameaçados.

Mais especificamente, no contexto brasileiro, a política institucional sofre com uma constante deslegitimação, principalmente devido às notícias quase diárias sobre corrupção envolvendo agentes públicos. Além disso, vive-se em uma grave crise econômica sem uma perspectiva clara de melhora, com uma grande taxa de desemprego, inflação não controlada, diversos aumentos nas taxas de juros, diminuição de investimentos públicos etc.

Como se não bastasse, as instituições políticas da nossa recente democracia ainda sofreram um nevrálgico golpe com o impeachment da Presidenta eleita Dilma Roussef, o que trouxe ainda mais instabilidade para o país. Em paralelo, o Judiciário passa a ter um exponencial protagonismo nas engrenagens políticas.

Como já delineado anteriormente, a relação material entre situação econômica e política criminal andam lado a lado. No nosso cenário, vê-se cada vez mais a demanda por segurança pública, por encarceramento, por destruição psicológica e física dos inimigos. Há um evidente campo aberto para o pensamento fascista, que se materializa, aos pucos, na política criminal recrudescida e nas interpretações extensivas da norma penal e restritivas das garantias fundamentais.

O ambiente propício à atuação inquisitória traz de volta a suposta necessidade de busca pela verdade como forma de combate ao crime, em que o juiz toma para si a função de membro do aparato de segurança pública. E, dessa forma, vicia-se o pensamento do julgador como o mito da busca pela verdade como fim principal e central do processo penal, em que pese eventuais violações de garantias do acusado.

Por isso, faz-se prudente ir além do enfoque jurídico sobre a valoração da prova, pois é necessário ir além dos modelos historicamente postos, uma vez que não eles não explicam, por si, os contornos subjetivos que influenciam as tomadas de decisão, contornos estes que, por vezes, manifestam-se fora do âmbito de consciência do magistrado.

O enfoque epistemológico, por sua vez, é útil para a otimização da motivação do juiz, que deve explicar ordenada e detalhadamente a construção do raciocínio probatório, convencendo não só os destinatários da sentença, mas, fundamentalmente, ele mesmo quanto à razoabilidade

das suas conclusões. Sem embargos, ainda que a orientação epistemológica seja imprescindível, ela não é suficiente quando não observados, em princípio, as máximas de experiência que conduzem a verificação dos indícios, onde se ainda guarda certo grau de subjetividade no julgador. Por isso, as conclusões do enfoque epistemológico precisam ser complementadas com outros enfoques, principalmente aqueles guardam íntima relação com o foro íntimo do juiz.

Em sintonia com o enfoque epistemológico, as abordagens psicológicas e psicanalíticas cobrem um vácuo deixado pela impossibilidade de observação das circunstâncias que, racionalmente ou não, influem nas tomadas de decisão do juiz, mormente relacionadas à comprovação das narrativas sobre os fatos. Assim, as máximas de experiência conseguem ser analisadas de maneira mais eficiente.

A função do enfoque, nesses termos, é promover uma eficiência, referenciada constitucionalmente, da sentença penal, em que possamos diminuir, ao máximo, as brechas que transfiguram à imparcialidade e todas as outras garantias que circundam um processo penal que busque, de fato, limitar o arbítrio. É, também, uma necessidade entender o juiz como ser-no-mundo, dotado não de uma capacidade neutra de decisão, mas de uma condição humana que por vezes foge da racionalidade pretendida.

Quanto à abordagem sociológica, a motivação, no estudo de FENOLL, é o âmbito de análise da influência do pensamento social do juiz na valoração das hipóteses trazidas pelas partes. Essa visão de mundo pode ou não ser compatível com a ideologia dominante, mas, como o juiz apresenta o Estado, deve ele seguir o discurso no qual foi incumbido, sob pena de suas conclusões serem logicamente vulneráveis.

Verificadas, de maneira transdisciplinar, as vulnerabilidades do nosso sistema de valoração da prova, conclui-se que essa construção da verdade no processo penal pode apresentar falhas que, não raro, comprometem os valores do Estado Democrático de Direito. Nesse ínterim, a busca ou não pela verdade, mais uma vez, ganha centralidade na discussão.

Em busca de um processo penal que seja, de fato, acusatório que tenha como finalidade garantir os direitos do acusado frente ao poder punitivo, a verdade deve ser sempre

contingencial, e nunca o fim do processo penal, sob risco evidente de estarmos, cada vez mais, reproduzindo a originalidade do sistema inquisitorial.

5. BIBLIOGRAFIA

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan. 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- BINDER, Alberto M.. **Descumprimento das formas processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons. 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ editora, 2005.
- KHALED JR, Salah H.. **Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito**. Disponível em: < http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/#_ednref5 >.
- LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo: I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america. 1950.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume I. 3ª Atualização. Campinas: Millenium. 2009.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. N° 21. São Paulo. 1994.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Revista Novos Estudos – CEBRAP. N° 58. São Paulo. 2000.

MELCHIOR, Antônio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador**: o sintoma político do processo penal democrático. Rio de Janeiro: 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: Anais do congresso internacional, diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Prova, argumento e decisão**: Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. São Paulo: USP, 2011. Tese (Doutorado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: Volume 1. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

VISHINSKI, Andrei. **La teoria de la prueba em el derecho penal soviético**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa. 1951.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.