

QUEM É O DONO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL? A BUSCA DA VERDADE, AS EXPECTATIVAS SOBRE-HUMANAS E A VERDADE COMO CONFIRMAÇÃO

*WHO OWNS THE TRUE IN CRIMINAL LAW PROCEDURE? THE SEEK FOR THE
TRUTH, HUMAN EXPECTATIONS AND THE TRUTH AS CONFIRMATION*

Acesse o QR Code e leia
este artigo em Visual Law



DANIEL KESSLER DE OLIVEIRA

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor nas áreas do direito penal e processo penal na Universidade Feevale, em Novo Hamburgo-RS. Advogado criminalista. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7450500309730627]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4768-6025]. danielkessleradv@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

Recebido em: 31.01.2023

Aprovado em: 24.07.2023

Última versão do autor: 24.07.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: A discussão acerca da verdade no processo penal é uma das questões mais relevantes, tendo em vista os diversos desdobramentos práticos a partir da concepção acerca dessa e da definição do seu papel dentro da situação jurídica processual. A definição filosófica sobre a existência ou não da verdade deve ceder espaço à definição acerca do local da verdade no processo penal e das implicações a partir do quadro de expectativas que se projeta, avaliando-se a relação do julgador com a prova, o que é influenciado por aquilo que se define como possível ou ideal de ser alcançado dentro do processo penal. Na tradição jurídica brasileira, pautada por um autoritarismo estrutural que crê na sacralidade do

ABSTRACT: The discussion around the truth in criminal law procedures is one of the most important points of it, considering the pluri-practical understandings in the matter and its definition as a role inside the procedure of law context. The philosophic definition over the truth role in criminal law procedure and its implications from the roll of expectations in its projected within, valuating the judge's relation to the proof, which is distinguish by the definition of ideal, or possible, inside the criminal law procedure. In Brazilian traditions of law, constructed by some sort of structural authoritarianism that believes in righteousness of the judge, it is usual to put on a mission on him, the judge, being the truth seeker.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

julgador e fomenta a sua missão de revelador da verdade, tais concepções podem trazer graves e perigosas consequências em termos de garantias fundamentais, transformando a verdade em mera confirmação da versão trazida pela acusação.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal – Prova penal – Atuação do julgador – Revelação da verdade.

Those conceptions may bring some dangerous consequences in terms of fundamental social guarantees, turning the truth in common confirmation of accusation rendition.

KEYWORDS: Criminal Law Procedure – Criminal Proof – Judges Action – Truth Exposition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Expectativas sobre-humanas e a sacralidade no ato de julgar. 3. Verdade e ambição de verdade. 4. Expectativas probatórias. 5. Considerações finais: a verdade como confirmação. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há muito se fala e tanto se fala acerca do juiz e de seu papel dentro do processo penal, por ser esse um dos problemas fundantes do processo penal, pois falar do juiz é falar do modelo processual penal; e quando se depositam determinadas expectativas sobre a atuação do magistrado, isso vai influenciar a sua atuação e, como consequência lógica, o modelo de processo vigente. Inúmeros são os exemplos que evidenciam uma concepção quase sacralizada acerca do órgão incumbido do *poder-dever* de decidir em matéria penal. Entretanto, infelizmente, percepções dessa natureza não limitam sua presença aos livros de história como marcas de um passado distante, uma vez que ainda hoje se fazem presentes.

Dentro dessa perspectiva, em uma estruturação processual penal marcada pela centralidade do julgador, há uma evidente tendência a uma arbitrariedade judicial, que não enxerga limites na sua atuação, virando o julgador o protagonista do processo, o que influenciará sobremaneira a sua relação para com a prova e, conseqüentemente, para com as partes no processo penal.

No presente trabalho, buscar-se-á avaliar como essa marca tradicional de nossa cultura jurídica coloca o julgador como “senhor do processo” incumbido da sagrada missão de “revelar a verdade” e com isso realizar a justiça que esperam dele. Por isso, fundamental a discussão sobre as expectativas que serão depositadas naquele que se vê investido da função de julgar e as consequências práticas que advêm dessas concepções.

Para isso, importante retomar a perene questão acerca da verdade no processo penal e os custos de se legitimar a *ambição de verdade*, em termos de respeito aos direitos fundamentais.

Não há como falar em verdade, convencimento e atuação do julgador sem, ainda que brevemente, avaliar a questão probatória. No presente trabalho, não se buscará um mergulho nas questões da teoria da prova, não por desnecessária, mas, sim, para não sair do foco principal da pesquisa.

A partir de todas as análises trazidas, com problemas que se arrastam pela história do processo penal brasileiro, se avaliará uma tendência da soma de todos esses fatores: enxergar a verdade como a confirmação daquilo que foi apresentado na denúncia, o que representa um grave e intolerável risco em termos de um devido processo legal.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

2. EXPECTATIVAS SOBRE-HUMANAS E A SACRALIDADE NO ATO DE JULGAR

A nossa tradição jurídica é marcada por uma visão sacralizada do ato de julgar. É a tradicional identificação da autoridade decisória que faz sucumbir uma série de preceitos básicos para se falar em um julgamento racionalizado, transparente e justo. Se o juiz está identificado como autoridade, parece lógico que não deva satisfação sobre os motivos que o levaram a decidir. Como refere Anitua: “A herança da percepção dos juízes como autoridade legitimada por si mesma faz com que as motivações sejam sempre percebidas como supérfluas”.¹ A crença na sacralidade do ato jurisdicional, que não só permite como fomenta a centralidade jurisdicional no processo penal brasileiro, possui raízes nessas definições do ato de julgar.

Hodiernamente, ainda se verificam os depósitos de expectativas – sobre a atuação de magistrados – que não levam em conta a própria limitação humana, seja por uma (ingênua) crença de ser possível o magistrado tomar conhecimento de elementos trazidos no inquérito e isso não contaminá-lo a ponto de macular sua imparcialidade, seja pela (já um tanto superada, mas não totalmente) crença na neutralidade do julgador ou, ainda, na possibilidade de ele alcançar e revelar a verdade (real) no processo penal. Todas essas notas são sintomas de um autoritarismo que permeia o processo penal e conduz a atuação do julgador a partir de uma realização da *justiça*, da revelação da *verdade*, da defesa do coletivo em detrimento do individual, que é relegado a um plano secundário a partir dessas crenças mitológicas, que passam a habitar o imaginário social e do julgador.

Para isso, em um primeiro aspecto, é fundamental dar-se conta de que, por ser humano, o julgador agirá sempre influenciado por subjetividades e por aspectos de sua vivência que irão conduzir a sua atuação, queira ele ou não, pois o juiz é um ser humano e, mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disso, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar.² Isso porque o juiz julga com todo o seu “eu”, e esse julgamento se dá com a utilização de processos racionais que sofrem influências de processos irracionais, em que razão e preconceitos caminham juntos. O máximo que o julgador pode (e deve) fazer é estar ciente disso e se preocupar em afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.³

O processo, se compreendido como uma revelação de uma verdade real, despreza esses elementos a influenciarem a atuação do magistrado. Ao reproduzir um fato histórico, inevitavelmente, o juiz terá influência de diversos aspectos para a reconstrução desse, de modo

1. ANITUA, Gabriel Ignacio. In: AMARAL, Augusto Jobim do; SOHNGEN, Clarice Beatriz; LAPORTE, Brunna; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Coord. e Trad.). *Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 51.

2. FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o juiz não é só de Direito...’ (ou ‘A função jurisdicional e a subjetividade’). In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMANN, David (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2007. p. 407.

3. FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o juiz não é só de Direito...’ (ou ‘A função jurisdicional e a subjetividade’). In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMANN, David (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2007. p. 417.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

a ficar claro que a verdade que o juiz narrativamente produz no processo se trata de algo ontologicamente distinto do passado que ele pretende representar, motivo pelo qual restará apenas “representância”; assim como o historiador, o juiz “será inevitavelmente um devedor insolvente em relação ao passado”.⁴ Nenhuma verdade é neutra, como sustenta Warat: “Elas ordenam politicamente os acontecimentos humanos. A história das verdades sociais é a história de uma ilusão coletiva marcada pelo poder”;⁵ o sujeito de conhecimento tem sua própria história e a própria verdade tem uma história,⁶ portanto, ela sempre será marcada por uma historicidade, por uma carga subjetiva e estará a serviço de uma hipótese já mentalmente estabelecida, seja pelo historiador, seja pelo julgador.

Assim, a verdade como objeto do processo, como será avaliado ao longo do presente trabalho, será sempre problemática, seja por alterações desonestas e partidárias daquilo tido como verdadeiro, seja por inevitáveis deformações involuntárias devido ao fato de que toda reconstrução dos fatos passados (como é o processo penal) equivale a uma interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de determinadas hipóteses de trabalho que o levarão a valorizar algumas provas e descuidar-se de outras. Em todo juízo, sempre estará presente uma dose de um conceito prévio, ou de um preconceito pelo julgador.⁷ Porque o processo é uma atividade cognitiva, visa à reconstituição do crime, que nada mais é do que um fato histórico. Assim, por ser um fato passado, o processo dependerá da memória do narrador, e a fantasia pode fazer com que espaços vazios sejam preenchidos com experiências, que até podem ser verdadeiras, mas decorrem de outros acontecimentos.⁸ Em suma, a verdade no processo, como já definiu Ruth Gauer: “é sempre colocada em cheque, pois é difícil mensurar até que ponto não há fatos ou apenas interpretações das interpretações”.⁹

4. KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 354.
5. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995. p. 68.
6. Como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem sua própria história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 08).
7. Mais além das alterações desonestas e partidárias do verdadeiro, na realidade são passíveis e em certa medida inevitáveis as deformações involuntárias, devidas ao fato de que toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda, quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e descuidar-se de outras e o impede, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver os dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre estará presente uma certa dose de preconceito (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 59).
8. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 279-280.
9. GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

Desprezar essas influências, ignorar esses efeitos é sintoma dessa expectativa sacralizada do ato de julgar, que crê na possibilidade de revelação de uma verdade, de realização de um ideal de justiça, de atuação de ofício sem que haja influência e de uma neutralidade sobre-humana do juiz. Como ensina Gabriel Divan: “a neutralidade seria um elemento subjetivo-psicológico do julgador, ou seja, um elemento suprajurídico, já a imparcialidade tem o caráter processual, relativo ao alheamento do julgador em relação às partes da causa e ao que nesta é debatido”.¹⁰

Ademais, o juiz não pode ser neutro, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém, menos ainda de um juiz.¹¹ Não bastassem essas afirmações para afastar o primado da neutralidade do juiz, urge reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico.¹² A ideia de um juiz neutro está acima da concepção de um juiz imparcial, pois este estaria alheio aos interesses das partes, enquanto aquele seria capaz de emitir um julgado perfeito, imune a erro. Essa concepção de neutralidade permitiu a construção de um julgador infenso a qualquer facticidade do cotidiano, a quaisquer interferências intraprocessuais ou extraprocessuais.¹³ A essa perspectiva credita-se a crença na bondade do julgador e nas suas virtudes sobre-humanas que justificam tantas posturas e tantas expectativas.

Assim, ciente do convívio inevitável entre razão e subjetividade, o debate deve se ocupar dos limites e dos efeitos dessa relação e não mais da existência dela nas decisões judiciais. Nas decisões judiciais, a desqualificação do sentimento intensifica-se porque um dos instrumentos de trabalho do magistrado é a lei, regra abstrata de conduta que pertence à observância geral, que pertence ao mundo da racionalidade, muito distante da emoção.¹⁴ Por essa razão, fala-se de uma decisão “racional” como uma decisão “técnica” que não se deixou guiar por emoções, como se o fato de ter emoções fosse algo a macular a decisão e atuação de um magistrado.

A sentença proferida por um juiz, mesmo que embasada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer e, justamente, por isso, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente se começa a notar no direito a valorização do ato de decidir, sem

10. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 61.

11. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 92.

12. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 60.

13. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 203.

14. PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMANN, David (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2007. p. 40.

ser desconsiderada a racionalidade.¹⁵ Ademais, no contexto atual de tantas informações e de tanta desinformação, se caminha para um cenário em que, cada vez mais, a noção de verdade resta delegada ao arbítrio do intérprete. Em tempos de tanta informação cruzada e tantas notícias falsas, há a impressão de que existe um critério de preferência para a eleição da “verdade”, em que se acredita naquilo que se quer acreditar e se refuta – independentemente da fonte e dos elementos a embasar o argumento – aquilo que não for do agrado do leitor ou ouvinte. De outro lado, há ainda uma crença na verdade *por consenso*, ou seja, aquilo que um determinado grupo acredita passa a ser considerado para esses a “verdade”.¹⁶ Entretanto, trata-se de um consenso cada vez mais permeado por uma visão única, por uma compreensão acrítica da complexidade que envolve os processos sociais, como define Rui Cunha Martins, a partir da visão de Badiou: “o consenso de que nos gabamos é isto: o não pensamento como pensamento único”.¹⁷ Rubens Casara e Juarez Tavares trazem críticas em relação ao consenso, pois entendem que esse falece quando é imposto como critério para a definição de verdade, porque essa imposição desconsidera as condições reais de sua obtenção. Nesse ponto, para os autores, parece que a teoria do consenso cede lugar à teoria da coerência,¹⁸ que se satisfaz com opiniões consistentes, nem sempre determinantes da verdade.¹⁹

3. VERDADE E AMBÍÇÃO DE VERDADE

Michelle Taruffo não concebe como um sistema de justiça possa abdicar de buscar a verdade,²⁰ pois, trabalhando com a ideia de Zuckermann, afirma que: “um procedimento

15. PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005. p. 137.

16. O paradoxo insito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal, de modo que ninguém comete erros e qualquer construção de mundo é verdadeira para aqueles que nela creem. Houve, portanto, um tempo (talvez ainda não terminado) em que era verdadeiro que os negros eram fisiologicamente inferiores aos brancos, e houve um tempo (talvez não totalmente terminado, ou não para todos) em que era verdadeiro que a Terra era plana e o Sol girava em torno dela (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 96).

17. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

18. Sobre o tema, Rubens Casara e Juarez Tavares explicam: “Assim, uma afirmação será verdadeira se corresponder, em algum ponto, com outra afirmação considerada verdadeira. O destaque da teoria da coerência reside, precisamente, na ausência de contradição entre as afirmações. Não havendo contradição, pode-se dizer que há, então, um enunciado verdadeiro” (CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 128).

19. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 137.

20. É oportuno considerar que a verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o único fim que o processo persegue. Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante, mas não é a única. O processo, na verdade, é também um lugar em que as normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias

no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto, uma vez que na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade”²¹ Percebe-se na ideia do autor uma vinculação da verdade com o Direito, afirmando que a verdade dos fatos não só não é irrelevante como também (e ao contrário disso) condiciona e determina a correção jurídica da solução da controvérsia. Como comumente dito: nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados: como lembrou Bentham, a falsidade é a serva da injustiça.²²

O autor italiano trabalha numa perspectiva talvez utópica de uma “realização de justiça”, de não compactuar com uma sistemática de reconstrução do fato passado que se conforme a uma decisão judicial que não represente a “verdade” do ocorrido, chegando a referir que:

“mesmo se for verdade que em alguns casos o conhecimento da verdade, possa ser perigoso ou danoso persiste o fato de que, em linha de princípio, o que justifica o convencimento é o fato de que esse seja fundado em razões suficientes para fazê-lo parecer provavelmente verdadeiro.”²³

Ou seja, há uma incongruência em afirmar a busca da verdade como um fim do processo e depois mencionar que, em situações nas quais esse conhecimento se apresentar perigoso, é possível se contentar com uma probabilidade de verdade. Contudo, isso, novamente, parece ingênuo, pois abre possibilidades para uma busca desenfreada pela verdade; e, quando se chegar a algum limite (que não é definido nem explicado pelo autor), é possível contentar-se com algo próximo dessa verdade. E, por fim, o autor resume as preocupações com os enormes danos em termos de garantias fundamentais do investigado a “questões ideológicas”²⁴ que negam o valor da verdade à administração da justiça.

Nesse ponto, Larry Laudan também endossa o pensamento de que não há realização de justiça sem se perseguir a verdade, quando afirma que: “aunque la verdad no sea en sí misma una garantía de que se obtendrá justicia, sí constituye un requisito previo de aquella”²⁵

são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada... e as controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 160).

21. TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

22. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 140.

23. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 117.

24. O valor da verdade no contexto da administração da justiça é frequentemente negado por razões ideológicas, que dizem respeito ao modo com que são concebidas a natureza e a função do processo (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 131).

25. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

Ainda que com compreensões distintas dos referidos autores, Rubens Casara e Juarez Tavares concordam que não se pode abdicar de uma verdade, já que isso representa, inclusive, uma garantia ao acusado, na medida em não há como falar em jurisdição democrática diante da relativização da verdade ou em um ambiente de hegemonia da pós-verdade. Para os autores, a verdade é não apenas uma condição inegociável de justiça da decisão como um limite ao arbítrio estatal.²⁶

Portanto, a questão não é incidir em um relativismo e defender a inexistência de uma verdade, pois, na maioria das vezes, houve um fato no plano real, ou seja, algo aconteceu e a discussão trazida para o campo processual penal vai girar em torno de decidir se aquele fato constitui uma infração penal (materialidade), qual a sua definição jurídica e se o imputado praticou ou participou da prática do fato (autoria). Com isso, não se nega a existência de um fato histórico, apenas se concebe como muito arriscada a perspectiva de nutrir o processo desse atributo, de depositar no julgador essa expectativa de revelação da verdade que aconteceu no caso concreto. Não é adequada a comparação feita da atuação do magistrado no processo com qualquer outro campo do conhecimento, em que se sustenta a crítica de que todo processo científico deve se guiar pela busca de descobrir a verdade sobre aquilo que se estuda, se investiga ou se pesquisa, pois, como adverte Ferrajoli: “a investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites normativos, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber.”²⁷

Diante disso, crer que o processo seja meio para revelação de verdade é, no que se analisa neste momento, ingênuo, além de ser extremamente arriscado. Ferrajoli, obviamente, não compactua com uma “verdade real” no processo penal, mas acredita ser possível falar em uma *verdade processual*,²⁸ que seria alcançada mediante garantias ou regras do jogo que assegurassem a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, desde a contestação inicial até a coisa julgada da sentença condenatória definitiva, mediante contraprovas ou contra-hipóteses.²⁹

Para Taruffo, isso representaria um déficit na apuração da verdade que se dá no processo. Esse déficit não implica que haja uma *verdade processual*: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais

26. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 15.

27. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 147.

28. Esta verdade processual não pretende ser verdade, não tem a sua obtenção através de indagações inquisitivas que desprezem o objeto do processo, mas está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. Seria, de uma forma resumida, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém, mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade real. Seria, portanto, uma verdade aproximativa (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 45).

29. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 160.

graves – não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.³⁰

Não concordando com Taruffo e em sentido diverso de Ferrajoli nesse ponto, importante entender que não basta se afastar da verdade “real” e seguir acreditando em alguma outra verdade a ser alcançada, pois “o que se vê é um labirinto de subjetividade e contaminações que não permite falar-se que a sentença é a revelação da ‘verdade’, nem real, nem processual, pois o problema está na verdade”.³¹ Isso porque a verdade é apenas uma; “verdade formal” ou “processual” não é verdade e não pode ser alcançada pelo homem.³² Essa crítica é endossada por Salah Khaled Jr., em relação ao aspecto de uma verdade processual, sustentando o autor que: “se reveste de uma inocência epistemológica e ontológica considerável, pois permanece subestimando a dupla complexidade do acesso a verdades e mais especificamente, verdades em relação a fatos ocorridos no passado”.³³

Rubens Casara e Juarez Tavares nesse ponto laboram a partir do *projeto metafísico* que pretende fundar o conceito de verdade em uma relação necessária entre enunciado e fato e, portanto, orienta sua busca no sentido de demonstrar uma verdade real e no *projeto deflacionário*, que pretende se conduzir de acordo com critérios de falibilidade e contingência, estipulando o conceito de verdade sob o influxo de um processo argumentativo; esse projeto entende que a verdade é aquilo que resultar da melhor explicação do fato a partir da coerência interna e externa dos enunciados.³⁴

Em que pese a fundamental distinção trazida pelos autores, o problema centra-se em crer na possibilidade de imbuir o julgador de revelar essa verdade. Pois, ainda que não se adjective como “real”, o quanto essa adjectivação distinta implicaria menos possibilidade de violações de direitos fundamentais é um questionamento de difícil solução.

Alberto Binder trabalha a partir dessa problemática e do quanto sua manutenção permite uma série de ressignificações e de permanências inquisitoriais no sistema processual, quando refere que: “As figuras do inquisidor e da tortura são atacadas, mas não a ideia da verdade como centro do processo e é, talvez, nesse ponto, que se produz as misturas que dão origem às formas processuais napoleônicas e suas distorções.”³⁵

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

31. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 281.

32. “La verità non è e no può esser che una sola; quella che io come altri chimavo verità formale non è là verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, ne col processo né in alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere” (CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. XX, 1965. p. 4).

33. KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 24.

34. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 138.

35. BINDER, Alberto M. O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. *Rev. Fauzi Hassan Choukr*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 50.

Ricardo Gloeckner vai mais além, acreditando que não basta a superação de uma ambição de verdade, pois a estrutura está criada e conduzida para um atuar jurisdicional dessa maneira, referindo que, em não sendo a verdade, será colocado algo no seu lugar, pois há uma estética inquisitorial no sistema brasileiro que vai se encarregar de estabelecer certos atos que estabelecerão determinada higidez para a enunciação da verdade.³⁶

A busca pela verdade envolve um problema de grande sofisticação, que restou ignorado completamente – seja pelo dogmatismo religioso, seja pelo cientificista: o problema colocado pela *passeidade*,³⁷ que envolve um duplo obstáculo, seja quanto à natureza do passado, seja referente ao conhecimento que pode ser obtido sobre ações que ocorreram em tempo pretérito.³⁸ Essa relação com o passado é essencial para que se possa compreender de que verdade se está a falar e certificar-se da própria limitação existente tanto no instrumento processual como em qualquer outro meio realizado por seres humanos quando se trata de reconstrução de fatos passados. Assim, a “verdade real” seria impossível de ser obtida, seja pelo excesso de falar em verdade, seja pela impossibilidade de falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico, reconstruído no presente, como o crime. Seria o “absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente”.³⁹

Portanto, a verdade não estaria ao alcance do homem, pois, como sustenta Carnelutti: “a verdade está no todo e o todo é demais pra nós”⁴⁰ e, por conseguinte, para o processo, servindo isso como elemento justificador de medidas autoritárias que permitam uma atuação despida de controles e limites. Como bem leciona Cordero:

“o instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o imputado é detentor das verdades históricas; tenha cometido o fato ou não; nos dois casos o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas seguramente; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os julgamentos se tornam psicoscopia.”⁴¹

A verdade reproduzida pelo juiz é fruto de sua convicção, de seu convencimento e, ainda que amparada em provas, não pode representar a realidade do ocorrido. Como define Rui

36. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 17.

37. KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

38. KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 332.

39. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568.

40. “Insomma, la è nel tutto, non nella parte; è il tutto è troppo per noi” (CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. XX, 1965. p. 5).

41. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Milão: Editora UTET, 1986. p. 48-49. Tradução livre de: “L’arnese inquisitorio sviluppa un ovvio teorema: colpevole o no, l’imputato detiene delle verità storiche; ha commesso il fatto o non l’ha commesso; nei due casi l’accaduto costituisce un dato indelebile, con le relative memorie; se quando lui sa trapelasse, ogni questione sarebbe liquidabile a colpo sicuro; basta che l’inquisitore gli entri nella testa. I giudizi diventano psicoscopia”.

Cunha Martins, o próprio “processo penal desconfia da convicção e por isso introduz sobre ela uma série de mecanismos de controle, vinculando-a ao contraditório, por exemplo”⁴² Portanto, seja uma crença na possibilidade de revelação da verdade, seja uma expectativa do magistrado como agente revelador dela, a problemática é esperar do processo tal revelação. Assim, o problema central está na *ambição de verdade* de que trata Salah Khaled Jr.,⁴³ no processo penal, bem como na sua busca. Por isso, como afirma Rui Cunha Martins, “o problema basilar da verdade tem a ver com a desproporcionalidade de seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura”⁴⁴ Nesse ponto, por óbvio que há um importante limitador de atuação jurisdicional quando se labora com o aspecto de haver uma verdade no processo penal, pois admitir o contrário seria admitir que ao juiz pudesse ser lícito e válido decidir de qualquer maneira, independentemente do respaldo probatório.

4. EXPECTATIVAS PROBATÓRIAS

Nesse sentido, a exigência de provas válidas a embasar a fundamental necessidade de observância ao constitucional princípio da motivação das decisões judiciais não guarda necessidade com a incumbência de que o processo penal deva ter como missão a descoberta da verdade, pois isso se apresentaria muito mais arriscado em termos de violações de direitos do que seguro em termos de uma decisão judicial válida. A problemática da busca da verdade no processo penal sempre andou juntamente com o poder, em especial com esse poder divino do juiz, de revelar a verdade. A verdade como uma revelação. Essa estrutura fundou o sistema inquisitório do qual tanto devemos nos afastar,⁴⁵ haja vista o alto preço a ser pago em termos de garantias fundamentais, quando se autorizam meios de revelar a verdade a qualquer custo.

Tais métodos aparecem perfeitamente descritos na antológica obra de Nicolau Eymerich, “O Manual dos Inquisidores”, em que o autor descreve os pormenores da Inquisição, fazendo um verdadeiro roteiro de como o inquisidor devia se portar para a busca aos hereges e exterminar a heresia que tanto ameaçava os poderes da soberana Igreja.⁴⁶ Disso resulta uma busca desenfreada por uma utópica verdade que legitimou abusos e atrocidades durante muitos séculos. A Igreja detinha o poder e, assim, ela controlava a “verdade”, portanto, tudo o que fosse contra os dizeres da Igreja era heresia e tudo se legitimava quando a intenção

42. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24.

43. Sobre o tema, indica-se a leitura de: KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

44. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 88.

45. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 578.

46. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores: comentários de Francisco Peña*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

era “salvaguardar o bem absoluto”, a salvação eterna apropriada por uma adesão irrestrita à verdade absoluta que era explicada e difundida pela Igreja.⁴⁷

Por meio dessa concepção de verdade, advém uma percepção do processo como característica de promessa de uma prestação jurisdicional perfeita, oferecida por um juiz infalível, que irá dizer a verdade e fazer a justiça. Há, assim, uma proximidade muito grande entre essa concepção da verdade e o exercício de um poder arbitrário que desconhece ou, ao menos, desrespeita limites.⁴⁸

Ainda que superado o dogmatismo religioso, o dogmatismo científico da modernidade continuou se valendo da possibilidade de se chegar a uma verdade e construindo estruturas legislativas que permitissem tal busca por meio do processo. Depositar tais expectativas na atuação do magistrado subverte o processo penal, afastando-o de sua essência garantista, uma vez que o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma cultura inquisitiva que acabou se disseminando por todos os órgãos responsáveis pela persecução penal. A partir disso, as práticas probatórias mais diversas ficam autorizadas pela nobreza de seu propósito: a verdade. Em decorrência disso, adveio uma crença inabalável de que a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado, o que culminou na implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição como meta principal do processo penal.⁴⁹

Muito da postura ativa e “justiceira” que se espera e se exige de determinados julgadores advém da antiga concepção de crime como um não reconhecimento de um valor de que o Estado é portador e garante; desse modo, o Estado seria sujeito passivo de todo e qualquer crime. Assim, como conceber que o julgador, representante do Estado, atuando em causa própria pode atuar e julgar com imparcialidade?⁵⁰ Exemplos históricos já demonstraram o problema de ter a verdade como objetivo do processo, pois mesmo se retirando a tortura e o inquisidor, permanecendo a verdade como norte do processo, devem-se buscar meios que a alcancem e, com isso, as formas processuais devem debilitar tudo aquilo que permitisse ingressar o jogo de interesses e atividade das partes e fortalecer tudo o que servir aos velhos mecanismos (tortura e inquisidor).⁵¹

Por isso, a imparcialidade e o respeito a garantias são rechaçados pelos juízes nos sistemas inquisitórios, pois são vistos como obstáculos para o alcance da justiça, para o alcance da “verdade”. Como sustentado por Larry Laudan: “Tengo la impresión de que ninguna regla probatoria es necesaria en un sistema de investigación judicial orientado a la búsqueda

47. BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 11.

48. KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 494.

49. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 328.

50. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 205.

51. BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 51-52.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

de la verdade”.⁵² Justamente por esses motivos é que a imparcialidade deve ser buscada e defendida, se o objetivo é romper com resquícios inquisitoriais que ainda insistem em habitar nosso sistema, pois, como leciona Aury Lopes Jr.: “A intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter absoluto”.⁵³

A relevância de tais compreensões se dá na percepção de que não basta uma estrutura legislativa amparada em uma Constituição democrática se tudo isso for deixado de lado por uma expectativa reveladora de uma verdade, que despreza limites e ignora restrições. Por isso, tal expectativa, enquanto fomentada pela doutrina e admitida pela jurisprudência, será um elemento a influenciar sobremaneira o modelo processual penal vigente. Quando começou a ser superada a Inquisição, retornaram as práticas adversativas dos sistemas anteriores ao inquisitivo. Contudo, não mais com a compreensão de um conflito de interesses, mas com a mecânica adversativa girando em torno do conceito de verdade.⁵⁴ E isso, inevitavelmente, tornará o processo, ainda que adversativo, em plena inconformidade com as garantias básicas de um processo democrático.

Daí a relevância de uma análise que abranja a temática probatória, pois não há como definir uma estrutura processual sem se debruçar sobre a temática da prova, sua finalidade e seus limites, pois não se pode relegar ao olvido que, como um dos expoentes da ciência social,⁵⁵ o direito (processual penal) está envolto em uma perene questão de *prova*, visto que, pelo seu imanente caráter histórico-(re)construtivo, almeja sempre desvelar a “verdade” (seja ela qual for) acerca do fato delitivo ocorrido.⁵⁶ Dessa forma, seja por uma busca por verdade real, processual, seja por um nível de probabilidade, uma certeza ou um convencimento do julgador, tudo estará relacionado a uma análise probatória. A prova, em tese, definirá *quem tem razão* na disputa em questão, representando a passagem da força para o Direito.⁵⁷ De qualquer maneira, no aspecto que mais importa na presente pesquisa: a prova destina-se ao julgador.⁵⁸

52. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 179.

53. LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 36.

54. BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 51.

55. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 88.

56. GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1.

57. Para Foucault, a prova não serve para “localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem razão”. Nesse sentido, “a prova é um operador do direito, um permutador da força pelo direito”, a prova é a passagem da “força para o direito” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 62) [grifo nosso].

58. Atos de prova, por sua vez, são voltados à atuação das partes processuais, dirigidos a obter a convicção do juiz ou tribunal sobre os fatos, ou seja, o acolhimento de uma das hipóteses levantadas pelas

Com isso, surge outra situação de fundamental análise, que será a definição de *verdade* substituída pela *comprovação*, ou seja, ela se fundamenta no “estar provado” de modo a evidenciar a suposta verdade do processo, ignorando-se as variantes que podem influir no julgador para essa definição. Acerca do resultado de “estar provado” extraído dos suficientes elementos de prova, demonstra-se que o fundamental para o processo é o aspecto epistemológico acarretado à força ou ao peso da prova, afastando-se para um local secundário o grau de confiança ou de crença do julgador. Como sustenta Susan Haack, o grau de crença do julgador é uma questão distinta e claramente secundária, contudo, diretamente relacionada à força dos elementos de prova: quanto mais as provas avalizam o enunciado, mais o julgador terá confiança de tomá-lo como verdadeiro ou provado.⁵⁹ Ferrer Beltran, em linha semelhante, afirma então parecer óbvio que a decisão judicial para a qual os elementos probatórios são destinados deve se ater aos enunciados fáticos formulados pelas partes no processo. O autor elabora uma distinção baseada em duas máximas: “estar provado” ou “ser tido por provado”, que possibilitam sustar as distorções entre o que se entendia por “ser verdadeiro”, “ser tido por verdadeiro” ou “aceito como verdadeiro”. O elemento-chave, portanto, dirá o autor, é a suficiência dos elementos probatórios.⁶⁰

É exatamente isto que se busca em um processo penal democrático, regido pelo princípio acusatório: que o julgador possa obter, mediante a produção devida de provas, o seu convencimento; no entanto, a partir de um *livre convencimento*, as variantes interpretativas a determinar o grau e o peso conferido a cada prova podem determinar o resultado do julgamento, que não compactua com uma busca desenfreada pela verdade, tampouco por essa prova. Porque, como referem Rubens Casara e Juarez Tavares, com base nas limitações impostas pelos princípios norteadores do Direito:

“é sempre contingente, a busca dessa ‘verdade’ é um objetivo simbólico, serve como limite externo contra a opressão, nada valendo como argumento de justificação para atos ilegais e abusivos. Pode-se dizer, então, que a prova é o instrumento de busca da verdade possível e juridicamente admissível no processo.”⁶¹

Entretanto, há ressalvas a essa crença de que a prova deve *buscar* alguma verdade, no sentido de que o verbo conduz a um ideal de ação, o que, se colocado em um processo penal que incentiva o protagonismo do julgador, poderá imbuí-lo dessa expectativa. A relação

partes na tomada da decisão ou escolha judicial. Sendo a finalidade da prova formar a convicção do julgador sobre a existência ou não do fato punível, por evidente que é este o destinatário dos atos de prova (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3. ed. [S.l.]: Editorial COLEX, 1999. p. 628).

59. HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VAZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 71.

60. FERRER BELTRAN, Jordi. *Motivacion y racionalidad de la prueba*. Lima (Peru): Editora y Libreria Jurídica Grijley, 2016. p. 198-199.

61. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 21.

“julgador x prova” é uma relação fundamental para a definição de um modelo processual penal, sendo ela uma característica utilizada para classificar o modelo processual (gestão da prova), bem como para avaliar os níveis de democratização de cada estrutura legal de processo penal. A superação de um modelo de provas legais⁶² em favor do livre convencimento do juiz, do modo como foi concebido e posto em prática pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu, na visão de Ferrajoli: “a uma das páginas políticas mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais”. Esse modelo de livre convicção foi acriticamente entendido como um critério discricionário de valoração.⁶³

Obviamente que, em uma concepção democrática de processo penal, o julgador não poderá apenas decidir livremente sobre as provas que pretenda valorar e o peso conferido a cada uma dessas, pois é necessário que haja a fundamentação dessa decisão,⁶⁴ isso é uma decorrência do princípio do livre convencimento motivado ou da *persuasão racional da prova*, que determina que se valore o que foi produzido nos autos, com exteriorização da motivação fática e jurídica. Porém, essa liberdade de convencimento não é absoluta: encontra limite na prova admissível, no que pode ser considerado prova,⁶⁵ uma vez que somente a partir da fundamentação (ou motivação) se poderá exercer um controle racional sobre a decisão,⁶⁶ ou seja, nada permitirá saber ao certo o que levou o julgador a tomar determinada

62. Para Ferrajoli: “A interpretação da indução judicial como uma dedução mascarada é o equivocado paralogismo sobre o qual se baseia o sistema das *provas legais*, chamadas *positivas*. As provas legais positivas – ou provas legais em sentido estrito – são aqueles dados probatórios que permitem deduzir inimpugnavelmente a conclusão fática, graças à sua conjunção de premissas legalmente presumidas como verdadeiras que, de modo geral, conectam o tipo de fato experimentado como prova e o tipo de fato considerado provado. Estas premissas são, evidentemente, normas jurídicas. No procedimento inquisitivo pré-moderno, por exemplo, se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimativas ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme cálculo de sua probabilidades legalmente preestabelecidos: valor de provas ‘perfeitas’ ou ‘plenas’ a algumas provas, como a confissão ou as declarações de duas testemunhas concordantes; valores de provas ‘imperfeitas’, ‘semiplenas’, ‘mais que semiplenas’ ou ‘menos que semiplenas’ a outras que, combinadas entre si segundo complicadas aritméticas probatórias, poderiam formar uma prova plena ou perfeita” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 129) [grifos do original].

63. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 133.

64. Sustenta Knijnik que o livre convencimento não é alheio a regramentos e não encontra limites apenas na exigência de motivação da decisão. É preciso que a decisão judicial demonstre o modelo de constatação (*standard* de prova) utilizado para aquele caso concreto que, no processo penal, identifica-se com o modelo da “prova além da dúvida razoável” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19-38).

65. GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 43.

66. Segundo Lopes Jr.: “A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no Art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração

decisão, mas será necessária uma justificativa razoável, amparada nos elementos de prova, para que essa decisão possa ser considerada juridicamente válida.⁶⁷ Portanto, à luz do que sustentava Bettiol: “a motivação das sentenças significa, numa perspectiva histórica, uma conquista da liberdade por parte e a favor do cidadão”.⁶⁸

Dessa forma, não se pode abdicar de uma efetiva motivação das decisões que não se limite a um mero “porquê”, tampouco a um emaranhado de conceitos jurídicos; sendo necessário, sim, que essa motivação reproduza realmente as razões jurídicas que levaram o julgador a tomar aquela decisão ou que, ao menos, podem representar um caminho válido para a decisão. Entretanto, a já denunciada amplitude do livre convencimento pode se apresentar extremamente problemática, e o princípio da motivação pode funcionar como um aparato insuficiente para a contenção do arbítrio jurisdicional.

A partir disso, o *livre convencimento* permite que uma estrutura paranoica, no Processo Penal, apareça sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na asunção de uma postura inquisitória na gestão da prova quanto na interpretação da conduta.⁶⁹ Afinal, não se pode olvidar da crença na “bondade do julgador” e na assertividade de suas decisões, pois, como refere Taruffo:

“A função principal do juiz é estabelecer qual das diversas narrativas dos fatos é relativamente ‘melhor’; para tanto, ele pode escolher uma entre as histórias já narradas, ou construir uma original – se autorizado a fazê-lo e insatisfeito com as histórias narradas pelas partes. [...] No contexto do processo um enunciado fático é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas: ‘verdadeiro’ equivale a ‘provado’. Portanto, a narrativa do juiz é definitivamente verdadeira, pois vai no sentido demonstrado pelas provas.”⁷⁰

Novamente, percebe-se uma crença na veracidade do enunciado jurisdicional que se vincula muito mais à autoridade do ato do que à sua qualidade, uma vez que se sustenta em

da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 105).

67. Como leciona Garapon: “bem julgar exige que se fundamentem as sentenças com seriedade, não só para fornecer uma argumentação juridicamente sólida, como também para enunciar aquela que realmente guiou o juiz” (GARAPON, Antoine. *O bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 320).

68. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 260.

69. ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 315.

70. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 72.

argumentos generalizantes de identificação de todo e qualquer fato ser verdadeiro, partindo-se do pressuposto de que está provado porque o julgador assim o decidiu. E o autor prossegue, novamente trabalhando com a “verdade” e sua possibilidade de ser demonstrada no processo:

“No contexto do processo é apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva. A verdade da apuração dos fatos é relativa – no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa; isso porque essa funda-se em provas que justificam o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda à realidade dos fatos da causa encontra justificativa. A mesma verdade é objetiva, já que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam o seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas.”⁷¹

Nesse ponto, Taruffo despreza, também, a influência (inegável e inevitável) de aspectos psicológicos na decisão do juiz, operando na velha lógica cartesiana,⁷² crendo ser, sempre, uma decisão baseada apenas em elementos objetivos, ou seja, na prova dos autos.

Em que pese as evidentes inconsistências nas perspectivas trazidas por Taruffo, há um forte eco doutrinário e jurisprudencial a partir de tais concepções que incentivam o livre convencimento do julgador e fomentam a sua capacidade criativa no ato decisório. O problema principal dessa crença é a abertura para contornos de maleabilidade conceitual, de modo a extrair de qualquer conteúdo probatório a versão que “sirva” para justificar a decisão, uma vez que, para quem deposita essa crença na infalibilidade do ato jurisdicional, a própria motivação da decisão judicial resume-se a mero adereço decorativo na sentença. Para Ricardo Gloeckner, o axioma do livre convencimento é uma *fórmula mágica* que passa tanto por positivistas como pelo fascismo, o que indica que a sua base está incrustada em uma arbitrariedade dissimulada, que confere ao juiz poder de decidir da forma que melhor lhe convier. Num aspecto político, a sua manutenção pode ser associada, também, a uma bandeira da magistratura para a afirmação de sua independência, acabando por minimizar sua função de garantia, tal qual pensada pelos iluministas.⁷³

Jacinto Coutinho é ferrenho crítico dessa arbitrariedade, referindo que há uma tendência generalizante de relativização, com o fim de, posteriormente, poder dizer o que se quiser a respeito do que se está tratando; como se não houvesse limites, ou os que existissem

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

72. A lógica cartesiana peca por apartar sujeito e objeto, caracterizando o sujeito-investigador como mero observante de um objeto-estático, como se o primeiro pudesse simplesmente arrolar as propriedades do último e reportar sua eficiente experiência de apreensão, sem nenhuma espécie de contribuição subjetiva na operação (DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 39).

73. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 306.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

ali estivessem para ser burlados. O importante de destacar, na visão do autor, é que não se trata da construção de um sentido possível na via da interpretação, mas, sim, o uso disso para produzir, no limite, o contrário daquilo que está expresso, sendo esse o lugar preciso da arbitrariedade.⁷⁴

Portanto, todo um pensamento de atuação fidedigna à prova e de um livre convencimento motivado se resume a nada quando o magistrado labora no plano da *filosofia da consciência* em detrimento da *filosofia da linguagem*, o que torna a lei ou a prova um mero objeto. Em brevíssimas linhas, no paradigma da filosofia da consciência se tem a concepção de que a linguagem é um mero instrumento para designação de entidades independentes para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem; assim, somente com a superação desse paradigma, reconhecendo o papel da linguagem, enquanto constitutivo de nossa relação com o mundo, poderemos falar em uma ruptura paradigmática, pelo rompimento da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem.⁷⁵

Dessa forma, à luz da filosofia da consciência, o julgador “assujeita” as coisas, ou seja, o julgador pode extrair daquela prova o que bem entender, estando os limites exclusivamente em sua subjetividade. O objeto dessa extração não raras vezes é o réu, e o juiz, guiado por expectativas salvacionistas de revelação da verdade, estará livre para extrair desse objeto sua verdade. Portanto, percebe-se nisso tudo aquilo que Rubens Casara define como: “marca fundante do sistema inquisitório, [que] faz do juiz o fuhrrer do processo; ou seja, aquele que, em nome do Estado, mesmo contra a vontade das partes, decide quais provas podem ser produzidas para confirmar a[s] hipóteses [a] que aderiu”.⁷⁶ Como ensina Jacinto Coutinho: “Há, sem dúvida, uma crença real na possibilidade de se obter a verdade pelo conhecimento do objeto e, assim, aposta-se nos postulados da filosofia da consciência como o genial caminho de descoberta”.⁷⁷

Entretanto, tudo isso resultaria na velha inquisitorialidade, já trazida por Franco Cordeiro,⁷⁸ quando se refere ao *primado das hipóteses sobre os fatos*, em que o julgador já convencido apenas buscaria elementos para justificar a sua decisão. É a velha e popular lógica de se interpretar, caindo no velho problema já levantado por Calamandrei, que atentava para

74. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O lugar do poder do juiz em *Portas Abertas*, de Leonardo Sciascia. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Os modelos de juízes: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218.

75. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 211.

76. CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 121.

77. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 123.

78. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

o fato de que “as premissas, não obstante o seu nome, são frequentemente postas depois. O teto, em matéria jurídica, pode assim construir-se antes das paredes”.⁷⁹

Portanto, parece evidente que, forjadas em uma cultura autoritária que acredite no protagonismo judicial, as expectativas probatórias podem não servir como um impeditivo ao arbítrio jurisdicional. Entretanto, os limites legalmente impostos e a vinculação a uma motivação devida dos critérios justificadores da decisão, certamente, representam um importante elemento a ser devidamente laborado em uma perspectiva de melhor adequação do processo penal. Para isso, deve-se afastar a prova de determinações de “verdades” (sejam elas quais forem), mas trabalhar a partir de critérios seguros de validade da prova e de definições claras que assegurem a imparcialidade do julgador, de modo a permitir que as partes busquem em um devido processo legal a captura psíquica do julgador mediante a produção ou refutação das provas.

Carnelutti, ao tratar sobre a prova penal, o faz mediante uma desconstrução (também) da ideia da certeza como resultado processual. Dirá o autor que a certeza é a existência do presente, e esse somente o é enquanto percepção sob os sentidos do observador. A existência de algo não é o “ser” desse algo, mas tão somente “parte do ser” alcançado pelos sentidos ou pelo pensamento; em linha semelhante ao que o autor trabalhou em relação à verdade. Logo, a certeza, a partir de Carnelutti, é uma mera percepção. Não existe certeza, mas um determinado *grau de certeza o qual se denominará de probabilidade*. É a prova como fundamento do processo que permite alcançar esse alto grau de probabilidade, comumente descrito como certeza. Portanto, é a prova que proporciona ao julgador a obtenção de experiências que o capacita ao julgamento.⁸⁰

Por óbvio que não se está a afirmar que todo e qualquer julgador ingressará no feito motivado a encontrar alguma prova para condenar todos os réus, jamais se poderia justificar tal argumento generalista e irresponsável. O que se pretende analisar é como o magistrado poderá ter uma estrutura processual e uma carga de expectativas a imbuí-lo desse propósito e que, a menos que esteja disposto a se dar conta disso e laborar de forma diferente, será, ainda que inconscientemente, colocado em uma atuação que lida muito mais facilmente com aspirações autoritárias do que com a imposição de limites democráticos.

Entretanto, mesmo com todos os problemas oriundos de uma cultura autoritária e de uma legislação gerada em berço fascista, o processo penal brasileiro traz aspirações garantistas, por exemplo, ao sustentar uma premissa do garantismo penal, que sustenta a defesa dos inocentes ao determinar que o acusado deverá ser absolvido *quando não existir prova suficiente para a condenação*.⁸¹ Ou seja, não basta a mera existência de prova, ela precisa representar um nível de suficiência para justificar a decisão do julgador. Dessa forma, em que pese as contradições existentes no diploma processual penal brasileiro, é preciso destacar

79. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos, por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1940. p. 145.

80. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America; Bosch y Cia., 1950. v. I. p. 288-290.

81. Art. 386, VII, do Código de Processo Penal brasileiro.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

que há, nos caminhos legalmente traçados, também, uma possibilidade de atuação na defesa das garantias fundamentais e dos princípios processuais penais. Princípios do *in dubio pro reo*⁸² e da *presunção de inocência*⁸³ estão a confirmar isso. Entretanto, autores, como Larry Laudan, que defendem a função probatória de revelação da verdade e acreditam em uma estruturação processual penal que busque evitar o erro judicial entendem que princípios como o “*standard de prova, presunção de inocência, benefício da dúvida pelo acusado e ônus da prova* não se prestam a essa finalidade”⁸⁴.

Entretanto, tais regras e princípios consolidam o *ônus da prova* no processo penal a cargo da acusação. Para Susan Haack, a justificação que está subjacente ao ônus probatório e aos modelos específicos de prova está fundada em opções políticas. A exigência de uma produção probatória ao encargo da acusação para além de uma dúvida razoável repousa na ideia de que é muito mais grave condenar um inocente do que absolver alguém por um crime que tenha cometido.⁸⁵ Naquilo que Larry Laudan define como *gestão do erro*.

-
82. Para Maurício Zanoide de Moraes, o julgador deve atuar em consonância com o princípio da inocência, decidindo sempre de forma mais benéfica ao acusado, o *in dubio pro reo* não seria diferente da presunção de inocência, mas também não seria igual, é apenas uma parte desta, um de seus desdobramentos. Por isso, a presunção de inocência deve ser compreendida por diversos aspectos como uma “norma de tratamento”, que assegure que o imputado será tratado como inocente enquanto não sobrevier sentença condenatória definitiva. Pode ser compreendida como “norma probatória”, que determina que, para se justificar uma condenação ou qualquer medida restritiva, se exige do órgão acusador a apresentação de provas incriminadoras. Como uma “norma de juízo”, impõe que o juiz demonstre que o material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do imputado. Portanto, o *in dubio pro reo* ingressa na presunção de inocência somente nesse último instante, somente na sua aplicação enquanto norma de juízo (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012).
83. Sobre a presunção de inocência, Montero Aroca entende que representa a existência de um verdadeiro princípio, que deve orientar toda a regulação do processo pelo legislador ordinário, segundo o qual todo acusado é inocente enquanto não se prove o contrário. Seria, assim, uma garantia processual que não se refere nem à qualificação dos fatos como criminosos nem à responsabilidade penal do acusado, uma vez que se refere à culpabilidade desse, de modo que deve resultar provado que participou do delito. Daí se conclui que o acusado não necessita provar nada, de modo que, se falta a prova, necessariamente deve resultar em uma sentença absolutória (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 153) [grifos nossos].
84. “Ninguno de estos principios tradicionales (*estándar de prueba, presunción de inocencia, beneficio de la duda y la carga de la prueba depositada en la acusación*) está diseñado para reducir la probabilidad de cometer de errores en un proceso penal. Su efecto esperado es distribuir los errores de un modo determinado, es decir, tratando de garantizar que cuando estos se cometan sean predominantemente absoluciones falsas, en lugar de condenas falsas” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 60 [grifos nossos]).
85. HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VAZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 69.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

Nesse ponto, importante a lição de Nereu Giacomolli, no sentido de que: “o encargo de provar a culpa do imputado é da acusação, mas é de interesse da defesa criar, no espírito do julgador, a dúvida razoável. Contudo, a circunstância de a defesa não ter criado a dúvida razoável não induz à condenação do imputado”⁸⁶ Ou seja, ao acusado tem de ser ofertada a possibilidade de um exercício amplo de defesa, de produção e refutação probatória sem nenhuma obrigação, mas tendo que saber lidar com as consequências de sua não atuação, seja na refutação da prova, seja na produção dessa, uma vez que isso poderá permitir ao julgador se deixar convencer mais facilmente pela versão trazida pela acusação.

O drama do processo é o drama do julgador, pois a esse incumbe uma escolha. A dúvida, por seu turno, ao mesmo tempo que impede a tomada de decisão, é contraproducente a um sistema de matriz inquisitória, pois impõe a absolvição. Dadas tais premissas, constata-se – a partir de Carnelutti – que a resolução legislativa ao drama do processo é determinar um agir para o julgador, “a lei libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar”.⁸⁷ Com isso, as disposições legais estabelecem uma garantia ao acusado de que ele não dependerá de atuação do magistrado, ou seja, não precisará o magistrado buscar provas para *se convencer* da inocência do réu, pois essa já estará presumida por força da escolha legal e constitucional.

Isso autoriza toda essa leitura extremamente crítica acerca dos poderes instrutórios do juiz, pois tem ela (a crítica) o escopo de proteger a garantia judicial de que o magistrado deve ser imparcial no processo, mantendo certo distanciamento das partes e de qualquer vício que lhe possa formar um preconceito acerca da culpabilidade do acusado.⁸⁸ Como sustenta Nereu Giacomolli: “a perspectiva do sistema probatório no processo penal é o de ‘prova-juiz’ e não ‘juiz-prova’ (via de mão única). O transitar na contramão, nessa perspectiva, significa retorno à estrada de chão batido da época medieval”.⁸⁹

Dessa forma, como visto, o depósito de expectativas na atuação jurisdicional influencia a percepção desse magistrado acerca do processo penal e, por conseguinte, a interpretação realizada acerca de todos os institutos processuais penais. Há uma série de princípios e regras de processo penal que, mediante a customização discursiva, podem servir a propósitos diametralmente opostos. Isso evidencia que a maneira pela qual se concebe o processo penal (como uma garantia ou como um instrumento de legitimação do poder de punir) irá trilhar o caminho pelo qual o ator judiciário prosseguirá. Essa percepção, influenciada pelas expectativas, guiará a interpretação que irá se consolidar na aplicação do caso.

86. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

87. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX, p. 4-9, 1965. Tradução do Prof. Dr. Eduardo Cambi, publicada na *Folha Acadêmica*, n. 116, a. LIX, 1997. p. 3.

88. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

89. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180.

Portanto, falar em *expectativas probatórias* exigirá um rigoroso controle dos limites hermenêuticos acerca da aceitação e valoração dessa prova, mas, como salienta Rubens Casara:

“no plano do direito processual penal, a questão hermenêutica raramente merece atenção, embora represente fator capaz de minimizar a efetividade de direitos constitucionais. Na atualidade, reconhece-se que a força normativa do ordenamento jurídico está vinculada à atividade de interpretação judicial.”⁹⁰

E essa relevância da interpretação e da inegável influência dos aspectos subjetivos e da carga de expectativas em cada julgador conduz a um cenário de extrema variedade de entendimentos para cada julgador em cada caso. Toda essa situação desencadeia na grave e perigosa situação ocasionada pelo protagonismo judicial, daí a conclusão a que chega Couture, no sentido de que: “o direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça, mas se esse sistema for aplicado, em última instância por homens, valerá o que valham esses homens”.⁹¹

Não parece que estejamos distante disso no quadro atual do processo penal brasileiro, tampouco parece que se possa admitir tal situação como ideal ou, no mínimo, válida em um processo penal de um Estado Democrático de Direito. Porque essa variabilidade de aplicação das regras e dos princípios jurídicos a cada caso a depender de entendimentos e percepções (de mundo e de direito) de quem estiver incumbido de julgar é fortemente influenciada pela carga de expectativas, pelos desejos que movem todo e qualquer ato humano, como define Rui Cunha Martins: “Os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, potenciais máquinas desejantes”.⁹²

Assim, para que o processo penal se imponha como um limite intransponível e seja um agente operador de mudança, precisa assumir a sua impopular e imprescindível função: *ser um defraudador de expectativas*.⁹³

Isso se percebe, claramente, na análise a partir da licitude das provas, matéria que, também, acaba sendo constantemente relativizada em nome de um pretensão alcance de um desfecho justo. Uma análise ampla sobre o tema da licitude probatória destoaria do objeto da presente pesquisa, se limitando a análise aqui à problemática de, na esteira do que está

90. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

91. COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 58.

92. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33.

93. Rui Cunha Martins sustenta que o processo só será um verdadeiro operador de mudança enquanto conseguir assumir uma faceta tão impopular quanto imprescindível: ser um defraudador de expectativas. É bem verdade que, classicamente, o processo deve a segurança jurídica que dele se pode esperar da respectiva capacidade para estabilizar expectativas, sejam sociais, sejam normativas, sejam, mais prosaicamente, de justiça. Pouco importa. Essa conexão precisa ser repensada de acordo com o que é hoje o modo de produção de expectativas (MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100).

se apresentando, se ampliar o limite do controle legal da atividade probatória, restringindo os direitos fundamentais.

A razão para tal percepção acaba por ser, novamente, a ideia do processo penal como instrumento de segurança pública e, ao lado disso, a noção de *busca da verdade* no processo penal, que acaba por justificar a partir de resultados os meios obtidos. Por mais que já tenha sido avaliada em momentos anteriores da presente pesquisa, e sem incidir na repetição desnecessária, é de suma importância a apreciação da questão da *verdade* no processo penal quando se discute prova e, principalmente, licitude da prova. Em que pese a superação do ideal de perseguição de uma verdade no processo penal, há uma respeitável corrente doutrinária a cada vez mais justificar que o processo não pode abdicar de perseguir uma verdade, que seria um *objetivo institucional do processo*,⁹⁴ pois essa representaria, inclusive, uma garantia⁹⁵ em face de condenações injustas, ou seja, uma condenação precisaria estar amparada em provas que revelaram a verdade do fato ocorrido.

Juarez Tavares e Rubens Casara explicam que o objetivo da prova é a busca da verdade. Essa verdade, no processo, para além de sua dimensão normativa (limites normativos a essa busca da verdade), funciona como uma espécie de *indicador epistêmico* que direciona a ação probatória de um estado de incerteza, que decorre da dimensão probatória da presunção de inocência, a um potencial estado de certeza que deve ser obtido a partir de um processo baseado na investigação e na demonstração de acontecimento dos fatos penalmente relevantes, mediante respeito aos limites éticos e jurídicos, e não de um processo arbitrário fundado na violação de limites com finalidades políticas.⁹⁶

Certamente, esses autores não compactuam com uma desenfreada e utópica busca pela verdade real, tampouco compactuam com o *vale-tudo probatório*,⁹⁷ pois os próprios limites

94. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 29.

95. Afirma Geraldo Prado que: “O ponto de partida é garantista. A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do Estado de Direito e, nestes termos, a presunção de inocência constitui o princípio reitor do processo penal” (PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 31).

96. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 52.

97. A própria ideia de “verdade” passa a ser vista como um obstáculo à ilimitação neoliberal. Instaura-se uma espécie de “vale-tudo” probatório, uma vez que a certeza do julgador nasce junto com o conhecimento da hipótese acusatória (“primado da hipótese sobre o fato”). Nos julgamentos, a imparcialidade, entendida como equidistância dos interesses em jogo, torna-se cada vez mais problemática, isso porque o julgador não parte de uma “posição de não saber”, mas de uma certeza prévia à instrução. As figuras do acusador e do julgador, não raro, passam a se confundir. Não há dialética, isso porque o julgador já carrega uma certeza. Cria-se uma fantasia em torno do “acusado”, sem qualquer compromisso com a faticidade. Fatos são distorcidos, potencializados ou mesmo inventados: o importante é chegar ao resultado desejado pelo julgador. O acontecimento, o fato que se afirma querer julgar, e a análise racional da prova perdem importância para a hipótese, carregada de certeza, previamente formulada pelo acusador/julgador a partir de preconceitos, ressentimento, inveja e, sobretudo, ódio (CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 151).

constitucionais e a matéria probatória impedem que se sustente tal ideologia. No Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela existência de limites rígidos ao exercício de poder, a prova precisa vir orientada por uma pretensão de validade. Válida será apenas aquela prova juridicamente admitida em razão do respeito aos limites democráticos impostos pelo legislador.⁹⁸

Entretanto, em sentido diverso, Larry Laudan, novamente defendendo a necessidade de um sistema se orientar pela busca da verdade, sendo essa a forma efetiva de redução dos erros judiciais, critica a exclusão da prova ilícita, de uma confissão mediante coação, pois isso vai ao encontro do interesse de buscar a verdade, porque impede o jurado de conhecer um elemento de prova que pode ser relevante para decidir sobre a inocência ou culpa do acusado.⁹⁹

Portanto, parece haver um contrassenso na defesa de uma *busca de verdade*, ainda que sem a adjetivação de real. Não se trata de ser um negacionista, de negar a existência da verdade enquanto fato passado e ocorrido. Contudo, verdade é apenas uma. Adjetivar a construção de diversas verdades é o que implica negar-lhe o seu valor. Acreditar e legitimar essa busca por verdade (seja ela qual for) em uma estrutura processual que crê na centralidade (quicá sacralidade) do julgador é que é o principal problema, haja vista que, ao se imbuir o magistrado dessas expectativas, a imparcialidade e, com ela, o processo penal devido e legal estão fortemente ameaçados.

Nesse ponto, sustenta Alberto Binder: “a verdade como meta de indagação não necessita de regime probatório, para descobrir a verdade não necessitamos de regras processuais, muito pelo contrário, estas obstaculizam, molestam e entorpecem a busca pela verdade”. E afirma o autor que as regras de prova operam como limites a essa busca da verdade, desempenhando uma função de garantia, ou seja, protegem o cidadão do abuso de poder na coleta da informação.¹⁰⁰

Episódios históricos demonstram que o processo penal sempre que pretendeu buscar uma verdade mais material e consistente, limitando menos a atividade de busca, acabou por alcançar uma “verdade” de menor qualidade e com um trato pior ao imputado.¹⁰¹ Aragoneses Alonso ensina que o conceito de prova está vinculado ao de uma *atividade encaminhada*

98. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 20.

99. Sustenta o autor: “Indiscutiblemente, esta práctica (comúnmente conocida como la exclusión del ‘fruto envenenado’ de una confesión coaccionada) va en sentido contrario al interés en la búsqueda de la verdad reconocido por la Corte. Esta práctica impide al jurado de acceder a un elemento de prueba que algunas veces es tremendamente relevante para decidir la inocencia o la culpabilidad del acusado” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 253).

100. BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 61.

101. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo y Proceso Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, n. 2, 1999. p. 53.

a conseguir o convencimento psicológico do juiz.¹⁰² O foco, em um modelo acusatório, é a busca do convencimento do julgador a partir da reconstrução de um fato histórico; ou seja, mediante provas legalmente produzidas, demonstrar uma probabilidade de determinado fato ter acontecido de determinada maneira, de modo a vencer o estado de presumidamente inocente com o qual o imputado deve ser tratado por parte do julgador. Não se trata de negar que o processo possa revelar uma verdade, mas apenas não defini-la como *fundante* e como *objetivo a ser alcançado pelo julgador*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A VERDADE COMO CONFIRMAÇÃO

Em que pese o manancial de críticas das mais variadas vertentes acerca da busca da verdade no processo penal, ela é cotidianamente utilizada em decisões judiciais e amplamente trabalhada na doutrina. Sabe-se que *ninguém é dono da verdade no tema da verdade*,¹⁰³ mas ela acaba por ser utilizada como um elemento a serviço de uma estrutura autoritária de processo penal, muito mais do que como um elemento em favor da qualidade da prestação jurisdicional.

Daí a questão trazida por Lênio Streck: “por que, depois de uma imensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão nos textos legais-constitucionais de conquistas civilizatórias, continuamos a delegar ao juiz a apreciação discricionária da prova?”¹⁰⁴

Portanto, o modelo processual necessariamente passa pela postura do julgador, pelo papel desse frente ao processo, mas também pela forma como é concebido o objeto do processo penal, em especial quando se tratar da questão da verdade. Diversas vezes se analisa uma decisão judicial, perquirindo-se qual a “verdade” que foi buscada e alcançada no ato decisório. Daí a necessidade de se desconstituir esse mito da “verdade real”, por ser, nas palavras de Aury Lopes Jr., uma “artimanha enge[n]drada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo e o decisionismo processual, típicos do sistema inquisitório”.¹⁰⁵ A pretensão da verdade sempre serviu para legitimar abusos, sempre foi o permissivo justificador de medidas restritivas de Direito, como assinalou Salo de Carvalho: “a questão da verdade no direito processual penal, cuja finalidade não é outra senão a maximização ou a minimização dos níveis de inquisitorialidade, é nitidamente instrumental”.¹⁰⁶

102. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: [S.n.], 1976. p. 251.

103. BADARÓ, Gustavo Henrique. Em e-mail pessoal encaminhado aos autores no dia 06 de junho de 2020.

104. STRECK, Lênio Luiz. O ‘Novo’ Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: BONATTO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 448.

105. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 272.

106. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 74.

Mesmo Rubens Casara e Juarez Tavares, que defendem a relevância de não se abdicar da verdade, enfatizam que em um “regime de verdade” adequado à racionalidade democrática, a verdade não pode ser uma meta a ser alcançada a qualquer custo, sendo um limite ao exercício do poder penal.¹⁰⁷ O problema de enfatizar a possibilidade (ou necessidade) de se revelar a verdade é inserir isso dentro de uma estrutura que aposta na centralidade do julgador e deposita nele a função de “buscar” a verdade. A busca pela verdade coloca o julgador em uma posição ativa, o que traz graves riscos para um processo penal devido e legal.

A busca pela verdade não pode representar *um fim em si mesmo*, a própria disposição legislativa que assegura a absolvição em caso de ausência de provas não pode ser considerada como uma decisão injusta ou de pior qualidade.¹⁰⁸ No entanto, inclusive esse ponto é criticado por autores como Larry Laudan, há uma tentativa de realização da gestão dos erros judiciais, ou seja, se opta (também na visão dele, de forma acertada¹⁰⁹) pela preferência a errar absolvendo um culpado do que errar punindo um inocente. No entanto, o autor entende que não se pode extremar tal situação ao ponto de justificar determinadas crenças de que *é preferível 10, 100 ou 1000 culpados soltos do que um inocente preso*¹¹⁰ e defende que as regras processuais não podem se apresentar como limitadoras da verdade, pois com isso não se objetiva reduzir o erro judicial, mas apenas realizar uma gestão desse.¹¹¹

107. CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 18.

108. Enfatizam Rubens Casara e Juarez Tavares: “Assim, a busca da verdade não constitui um fim em si mesmo do processo penal. Ao contrário, a busca da verdade, dentro dos limites legais e constitucionais, deve ser levada em consideração sob a perspectiva de um processo justo. A partir dessa assertiva, as absolvições resultantes da falta ou deficiência de prova (art. 386, V e VII, CPP), ou mesmo de suas restrições, como ocorre com sua proibição, não podem ser tidas como absolvições de segunda categoria” (CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 55).

109. “Ahora bien, dado que virtualmente todos aceptamos que condenar a uma persona inocente constituye un error más costoso que absolver al culpable, en la tradición del *commom law* se han consolidado un conjunto de doctrinas y prácticas acerca de como conducir un proceso penal de manera tal que, cuando algún error ocurra, éste sea, con mayor probabilidad, una absolución falsa y no una condena falsa” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 22).

110. Sustenta o autor: “Debo confessar que personalmente no me gustaría vivir en una sociedad en la que, como Maimónides, considere que las condenas falsas son mil veces peores que las absoluciones falsas o que entre mil acusados inocentes el sistema de justicia no puede condenar a más de uno. Bajo un regime así, habría muy pocos condenados culpables y praticamente ninguna prevención del delito” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 207).

111. “Lo que estoy proponiendo es, en parte, una *meta-epistemología* del derecho procesal penal, esto es, un cuerpo de principios que nos permitirán decidir si cualquier procedimiento o regla jurídica dada tiene, o no, mayores probabilidades de desempeñarse como un elemento veritativo-conducente (*truth-conducning*) y error-reductor (*error-reducing*) dentro del sistema. El experimento mental que he venido describiendo supone someter a ambos procedimientos, reales e hipotéticos, al escrutinio que conlleva a la aplicación de los principios referidos. Cuando descubramos reglas vigentes que fracasen en términos de servir a fines epistémicos, querremos preguntar-nos si acaso

Entretanto, Taruffo acredita que a busca pela verdade não retira a imparcialidade do juiz, pelo contrário, pois: “o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão. Sob esse prisma, aliás, a busca da verdade torna-se um atributo essencial da imparcialidade do juiz.”¹¹²

Percebe-se, nas linhas do autor, a crença na bondade do julgador, marca de uma perspectiva inquisitória,¹¹³ o que corrobora a crítica, que se realiza na presente pesquisa, sobre depositar confianças sobre-humanas no julgador, seja na sua capacidade de revelar uma verdade, seja na possibilidade de “buscar” essa verdade sem que isso lhe retire a imparcialidade, indispensável para o seu julgamento. No entanto, o autor defende-se disso, alegando que não se trata necessariamente de conferir poderes instrutórios ao julgador, referindo que esse problema de uma busca pelo julgador está relacionado a uma postura ativa por parte desse, e é um problema:

“mais aparente do que real. Por um lado, poder-se-ia dizer que a imparcialidade como busca da verdade não implica necessariamente o exercício de poderes instrutórios por parte do juiz, sendo possível referir-se à valoração objetiva e equilibrada das provas fornecidas pelas partes: essa ideia de imparcialidade seria, por conseguinte, compatível com a imagem de um juiz passivo.”¹¹⁴

Contudo, condiciona isso a uma atuação das partes, que, com suas iniciativas instrutórias, orientam o processo na busca da verdade. Mas o autor incide em um equívoco quando crê:

no podrían reemplazarse por reglas que estén más orientadas a la consecución de la verdad y a la minimización del error. Si podemos hallar una contraparte más veritativo-conducente para la regla veritativo-frustrante (*truth-thwarting*) que hayamos detectado, tendemos que decidir si los valores a los que sirve o pretende materializar la regla original (como por ejemplo, proteger ciertos derechos del acusado) son lo suficientemente fundamentales como para que su permanencia deba decretarse aún en detrimento de la búsqueda de la verdad” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 30) [grifos nossos].

112. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 144.

113. Como alerta Ferrajoli, o sistema inquisitório deposita boa parte do que acredita como virtudes na crença da bondade do julgador. A sua disciplina, capacidade que orbita o reino do sagrado não apenas faz com que o julgado se torne acima de tudo o império do Outro transformado em significantes que habitam o simbólico. Não há espaço, no discurso inquisitorial, para o laboro auscultado em propensões, possibilidades, incerteza. A verdade, que é um semidizer, otimiza-se na verdade do desejo, na mais das vezes abraçada por significantes genéricos, verbetes receptivos ou brocados anacrônicos (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 202).

114. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 145.

“[que] não é verdade que o juiz que exerce poderes instrutórios perde com isso sua imparcialidade. Isso aconteceria se ele exercesse seus poderes de modo parcial, ou seja, com o intuito favorecer uma ou outra parte: isso não acontece, entretanto, quando ele os exercita de modo imparcial, ou seja, com o escopo objetivo de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade.”¹¹⁵

Todas as críticas até aqui apresentadas demonstram as razões pelas quais não seria possível comungar com tal entendimento, pois ele: 1) crê em uma bondade sacrossanta do magistrado; 2) despreza sua limitação humana de se guiar a partir de pré-compreensões; 3) despreza a imparcialidade como uma categoria jurídica incompatível com atuação de ofício, entre outras medidas apontadas no decorrer deste estudo. A atuação de ofício não convive em harmonia com um processo penal guiado pelas diretrizes acusatórias, pois: “os poderes instrutórios levam consigo o problema do ilimitado, do excesso, capaz de converter o juiz num degenerado perseguidor da verdade a qualquer preço. No processo que vige sob o pálio do princípio dispositivo, o contraditório se dá *in re ipsa*.”¹¹⁶

Diante disso, Carnelutti propôs que a busca (investigação) no processo não fosse pela verdade, mas, sim, pela certeza, a qual implicaria, necessariamente, uma escolha (eis o drama do processo), pois a condenação (ou absolvição) não seria apenas um juízo, mas uma ação (um agir).¹¹⁷ Taruffo não concorda com essa substituição, pois para ele a certeza não pode substituir a verdade, pois está vinculada a um grau de persuasão e não à veracidade do ocorrido.¹¹⁸

Ademais, cada vez mais se percebe a verdade como uma *confirmação*. A pretensão que busca se dar aqui da verdade perseguida enquanto uma confirmação se difere um pouco do conceito de *warrant*, trabalhado por Susan Haack e Michele Taruffo,¹¹⁹ em que uma

115. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 146.

116. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 233.

117. CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX, 1965. p. 6.

118. A certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, poder-se-á fazer distinções de acordo com o grau de certeza, que pode ser diferente dependendo do caso e da *justificativa* utilizada para sustentar-se a própria certeza (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 109).

119. Não se trata do *warrant* trabalhado por Susan Haack e Taruffo. O *warrant* concerne à conexão que se instaura entre uma afirmação, que tem inicialmente caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade, segundo o esquema $W=E \rightarrow H$ (W indicando o *warrant*, E as provas disponíveis e H a hipótese em questão). Visto que a amplitude e a qualidade das provas podem se referir à hipótese, elas podem variar de acordo com as circunstâncias, a confirmação é um conceito de *grau*: uma afirmação pode resultar mais ou menos confirmada em função das provas que a essa se refiram em certo momento, ou mesmo dependendo do grau de *supportiveness* que as provas possuam em relação

afirmação inicialmente hipotética vai atingindo graus de confirmação por meio da amplitude e qualidade das provas. Também trabalhado por Ferrajoli, quando afirma que “cada dado probatório que se acomoda às premissas explicativas pode ser considerado, na realidade, como sua confirmação, que aumenta sua plausibilidade e o grau de probabilidade”.¹²⁰ Na perspectiva que utilizamos, tal conceito se dá no quanto o magistrado, ainda que inconscientemente, mas crendo ser a sua função revelar tal verdade, atuará de forma a buscar a confirmação da hipótese inicial (denúncia). A ideia da confirmação das hipóteses mediante a realização de dados probatórios não seria problemática em uma estrutura que não permitisse a atuação de ofício do juiz e que o incumbisse dessa busca por elementos de confirmação. Tentar enxergar na prova legalmente produzida pelas partes uma confirmação de alguma das hipóteses trazidas é muito diferente de incumbir o juiz de poderes instrutórios de busca dessa confirmação, sendo essa a principal diferença nas concepções de Taruffo e Ferrajoli. Isto é, o magistrado se vale do processo para confirmar a versão trazida na denúncia.¹²¹ O magistrado cria uma hipótese mental a partir dos elementos informativos que lhe foram trazidos e conduz uma estrutura processual penal de modo a verificar a possibilidade de confirmação daquela narrativa, como se buscasse elementos a confirmar seu convencimento, o que poderia ser explicado pela problemática do *efeito primazia* e pela teoria da *dissonância cognitiva*.¹²²

Portanto, é imperioso ter claro que a ambição de verdade não convive com um processo penal democrático que concebe a possibilidade de uma absolvição quando o magistrado estiver em dúvida, quando inexistirem provas suficientes em desfavor do réu, que se sedimenta em princípios e regras que visam à tutela de liberdades individuais que figuram como limites à atuação do Estado. Ademais, inserida em uma estrutura processual como a vigente no Brasil, há um convite ao magistrado para que atue a partir de informações que lhe foram trazidas a partir de uma só das partes, e essa visão monocular do fato leva a um processamento seletivo de informações, o que representa uma natural tendência humana de interpretar nova informação para confrontar as suas perspectivas preexistentes, o que leva as

àquela hipótese (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 239).

120. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 137.

121. Sobre o tema, imprescindível a lição de Rubens Casara e Juarez Tavares: “No momento em que o juiz protofascista se confunde com a figura do acusador e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade perde importância diante da ‘missão’ do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória” (CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 13).

122. Festinger passou a afirmar, no tocante à dissonância cognitiva, que “o substrato básico da teoria consiste na noção de que o organismo humano tenta estabelecer harmonia, coerência ou congruência interna entre suas opiniões, atitudes, conhecimentos e valores”, ou, em outras palavras, “as opiniões ou atitudes afins tendem a manter-se coerentes entre si” (FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 229).

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

peessoas a aceitar rapidamente evidências que estão em conformidade com as suas crenças e encontrar razões para desconfiar de evidências contraditórias.¹²³

Se há uma expectativa de revelação da verdade e uma crença na possibilidade de essa ser buscada pelo processo, pois se abre esse horizonte de expectativas a ser preenchido,¹²⁴ é frustrante e deve ser evitado o desfecho processual que reconheça a “falha” em demonstrar a verdade. Sob esse prisma, toda e qualquer absolvição que se dê amparada na diretriz principiológica do *in dubio pro reo* é o reconhecimento de uma falha, de que o processo não atingiu aquele seu objetivo e que o magistrado não cumpriu sua função.

Diante disso, a *verdade* se torna a confirmação da história trazida na denúncia, e o julgador atua guiado por esse desiderato. Daí a enormidade de permissivos legais para atuações de ofício e para o protagonismo judicial presentes em nossa legislação, mesmo pós-Constituição de 1988. Dessa forma, para Rui Cunha Martins: “[a] evidência se confunde com uma específica exigência de sentido do senso comum, que é marcada pela flexibilização da instrução processual a partir da ‘emergência de uma verdade’; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se ‘sabe’ por antecipação.”¹²⁵

Depois de oito séculos – não se deve duvidar –, a superação do sistema processual inquisitório não é simples e nem haveria de ser. Sendo uma opção política por excelência, é também ideológica e, assim, serve sobremaneira aos sentidos que aproveitam a alguns, em geral detentores do poder ou seus fantoches.¹²⁶

6. REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. In: AMARAL, Augusto Jobim do; SOHNGEN, Clarice Beatriz; LAPORTE, Brunna; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Coord. e Trad.).

123. BURKE, Alafair S. Paixão acusatória, viés cognitivo e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 100.
124. É certo que o senso comum, ao impor um tipo de processualidade enquanto mobilização do desejo, se orienta para um horizonte de consumação e aspira ao respectivo preenchimento. Como é indiscutível que a produção continuada de processos de expectativas encontra suporte numa convicção de ordem teleológica quanto à possibilidade de que algo aconteça e mesmo, a um nível intuitivo e espontâneo, na crença de que aconteça, mais exatamente, algo como uma verdade. Mas, dito isto, esta é processualidade pífia. A exigência de verdade do senso comum é marcada pela ausência de verdadeira vontade de *emergência* de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se sabe por antecipação e que é projetada sobre o horizonte de expectativas, buscando ocupar o preenchimento (MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98).
125. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 60.
126. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual brasileiro? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 111.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].

- Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: [S.n.], 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- BURKE, Alafair S. Paixão acusatória, viés cognitivo e plea bargaining. In: GLOECKER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- CALAMANDREI, Piero. Eles, os juizes, vistos, por nós, os advogados. Trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Bosch y Cia; Ediciones Jurídicas Europa-America, 1950. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. XX, p. 4-9, 1965.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CASARA, Rubens R. R.; TAVARES, Juarez. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Milão: Editora UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O lugar do poder do juiz em Portas Abertas, de Leonardo Sciascia. In: STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Os modelos de juizes: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual brasileiro? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores: comentários de Francisco Peña*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.
- FACCHINI NETO, Eugênio. 'E o juiz não é só de Direito...' (ou 'a função jurisdicional e a subjetividade'). In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMANN, David (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- FERRER BELTRAN, Jordi. *Motivacion y racionalidad de la prueba*. Lima (Peru): Editora y Libreria Jurídica Grijley, 2016.
- FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
- GARAPON, Antoine. *O bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). *A prova penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3. ed. [S.l]: Editorial COLEX, 1999.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VAZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo y Proceso Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, n. 2, p. 47-61, 1999.
- KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. *O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. O 'Novo' Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: BONATTO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Jua-rez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia, de Felipe da Costa De-Lorenzi e Guilherme Francisco Ceolin – *RBCCrim* 177/71-132;
- Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo?, de Rafael Fecury Nogueira – *RBCCrim* 156/307-352;
- Justiça, verdade e prova penal, de Diogo Erthal Alves da Costa – *RBCCrim* 161/187-225;
- Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal, de Alexandre Morais da Rosa e Daniel Kessler de Oliveira – *RBCCrim* 167/239-261; e
- Sentença penal negociada e verdade processual: uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense, de Gabrielle Thomaz Todeschini – *RT* 1008/307-342.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Quem é o dono da verdade no processo penal?

A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381272].